

ISSN 2250-4087

PERSPECTIVAS

DE LAS CIENCIAS
ECONÓMICAS
Y JURÍDICAS



Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas

Universidad Nacional de La Pampa

Volumen 3 - N° 1 - Año 2013

PERSPECTIVAS

de las Ciencias Económicas y Jurídicas

Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas
de la UNLPam .

Coronel Gil Nº 353 (6300) Santa Rosa

Volumen 3 . Nº 1 – Año 2013

ISSN 2250-4087



PERSPECTIVAS

de las Ciencias Económicas y Jurídicas

Consejo Editorial:

Cr. Mag. Marta Elisa PAZ; Dr. Alejandro Médici; Cr. Abog. Claudio Alfredo CASADÍO MARTÍNEZ

Área responsable de edición:

Secretaría de Ciencia, Técnica, Investigación y Posgrado

**Consultores científicos de los trabajos publicados en este número
(Banco de Evaluadores Externos del programa de Incentivos de la
Secretaría de Políticas Universitarias):**

Ernesto Eduardo DOMENECH; Favio Norberto FARINELLA; Graciela SALAS; Gustavo SADER; Hernán Pedro VIGIER; Joaquín Efrén MEABE; Juan Carlos WLASIC; Laura CANTORE; Leonor URIONDO de MARTINOLI; María de las Nieves CENICACELAYA; Mario PORTELA; Mario Rodolfo LEAL; Nancy Susana CARDINAUX; Nélida del Carmen CASTELLANO, y Noemí Luján OLIVERA

Los autores de los artículos publicados en esta Revista son los responsables de sus contenidos, con cuyos juicios no necesariamente se identifican las instituciones editoras.

Autoridades de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas

-Decano: Cr. Oscar Daniel ALPA

-Vice Decano: Cr. Miguel Angel GETTE

-Secretario Académico: Abog. Sebastian PAÍS ROJO

-Secretario Administrativo: Cr. Mauricio Gabriel VILLA

-Secretaria de Ciencia, Técnica, Investigac. y Posgrado: Mag. Edith E. ALVARELLOS

-Secretario de Extensión Universitaria y Vinculación con los graduados: Cr. Alejandro J. OTERO

Consejo Directivo de la Facultad (Titulares)

Claustro Docentes:

Subclaustró Profesores:

Beatriz Isabel LUCERO; Santiago S. ELGERSMA MORONTA; Juan Carlos GARCÍA COOLS; Francisco Gabriel MARULL; Carlos Miguel FARIAS; Jesús Daniel LOS ARCOS.

Subclaustró Docentes Auxiliares:

Daniel Omar MARTIN; Yamila Ethel MAGIORANO.

Claustro Graduados:

Maidier BERCETCHE; Javier TORROBA; Cristian Fernando KATHREIN.

Claustro Estudiantes:

BUSTOS, Guadalupe; RASO, Gisella; BAELO, Julieta, y FREIDENBERGER, M. Cecilia

Sector No Docente: Alejandra BAUMAN

Secretario del Consejo Directivo: Cristian PARODI

INDICE

Editorial:7

I: Sección investigación científica

“¿Qué cambió con la reforma de la ley 25087? Análisis de sentencias penales sobre delitos sexuales”. Daniela Zaikoski11

II. Sección divulgación científico-académica

- “El control en la legislación pampeana”.
José Carlos Moslares.37
- “La autonomía municipal en la provincia de La Pampa: alcances, problemas, condiciones, limitaciones y propuesta”. Rodrigo Emanuel Draeger.....55
- “La financiación de los planes de negocios en las pymes”. Sergio Ismael Draque.73
- “Hegemonías y subordinaciones en el campo de los derechos culturales. Patrimonio cultural, etnicidad y género”. Lucía Carolina Colombato.89
- “Axiología, sistemas éticos, derecho y moral”. Natalia Leonor Monge.....105
- “Una mirada a la responsabilidad médica a través de la ley sobre derechos de los pacientes”.
Pamela Liz de la Iglesia.125
- “El derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados. Su participación en los procedimientos judiciales o administrativos que pudiesen afectarlos”. Cecilia Andrea Bertolé y Esteban Torroba. 141
- “Resoluciones judiciales fundadas (interlocutorias y pseudo-interlocutorias)” Toribio Enrique Sosa. 171
- “Auditorías financieras: una visión superadora”. Cecilia Gaita y Roxana Reinaudi..... 175
- “Criminología y Derecho Penal”.
María Eugenia Schijvarger197

II: Información institucional 217

- Resolución N° 105/13 CD..... 219

- Resolución N° 106/13 CD	227
-Experiencias positivas que se reeditan	233

Palabras del Decano

Esta es la cuarta edición de Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas. Docentes, graduados y estudiantes de nuestra Facultad siguen siendo los pilares fundamentales de esta publicación, cuya relevancia ya no cabe adjetivar.

Los que formamos parte de la Comunidad universitaria sabemos del valor de contar con un espacio donde exponer nuestras producciones científicas, académicas e institucionales.

Es un medio más para intercambiar conocimientos y experiencias que nos enriquecen en el proceso de formación universitaria, y con los cuales también pretendemos dar respuesta a las expectativas y necesidades de la comunidad en que nos insertamos.

Las otras formas de consolidar y mejorar las competencias propias de nuestro quehacer universitario, son las que atendemos cotidianamente y que requieren de una política de gestión consensuada con todos los claustros que integran esta Institución. Sólo así las políticas se transforman en acciones superadoras. En ese sentido, este primer semestre del 2013 ha sido muy intenso.

La docencia es una de las fortalezas que distingue a nuestra Facultad desde largo. Obviamente, los tiempos cambian y hay que adaptarse a las nuevas circunstancias, con nuevos contenidos curriculares y con nuevos abordajes metodológicos.

De allí que, en el ámbito de la Facultad, se han ofrecido cursos de capacitación en diferentes temáticas abarcativas de las dos ramas –económica y jurídica- que comprenden las carreras que ofrece esta Casa de Estudios.

En la misma dirección de formación docente, por resolución del Consejo Directivo, se han establecido ayudas económicas a nuestros docentes para incentivar la realización de carreras de posgrado, tanto las que se dicten en la Facultad como en otras instituciones universitarias de reconocida trayectoria nacional.

A propósito de la formación de posgrado, este semestre hemos presentado en CONEAU la documentación para la acreditación de dos carreras –“Especialización en Administración y Control Público”, y “Especialización en Derechos Humanos”- que se sumarán a la maestría en Gestión Empresarial que se dicta actualmente. No es fácil, pero lograrlo significará ofrecer a nuestros graduados más posibilidades de capacitarse, sin tener que trasladarse a otros lugares, con las dificultades de tiempo y costos que ello conlleva.

En cuanto al desarrollo de proyectos de investigación, si bien estos se vienen realizando en la Facultad desde hace casi dos décadas, requiere adaptaciones a las nuevas pautas por las que se rigen los organismos nacionales, en mucho coincidentes con las nuevas exigencias de calidad a nivel internacional. Ello nos ha llevado a revisar la normativa vigente. Así, la Resolución del Consejo Directivo que reglamentaba desde el año 2000 la acreditación y seguimiento de los proyectos de investigación -funcional en aquel momento para la promoción de la actividad científica en la Facultad-, fue revisada y modificada este año a la luz de la experiencia recorrida. Asimismo, se establecieron las políticas generales para el desarrollo de la Función Investigación (la nueva normativa se incluye en la Información Institucional de esta edición).

Otra línea de trabajo en la que hemos puesto el acento es la que se vincula con la extensión y relación con nuestros graduados. No nos cabe duda que siempre se realizaron actividades al respecto, pero ahora las hemos encauzado con la creación de una Secretaría abocada específicamente a esta temática. Ello está orientado a responder a las necesidades e inquietudes que provienen de nuestro entorno social e incluye el acercamiento a nuestros egresados que están desempeñándose en distintos escenarios de sus incumbencias profesionales. Pretendemos estar atentos a los requerimientos que surgen de los representantes de los diferentes sectores y hemos realizado cursos, jornadas y charlas para darles respuesta.

Sería muy extenso hacer referencia a todas las actividades que se realizan a diario. Como en años anteriores, a fin de año haremos un balance del Ciclo Lectivo 2013, en el que se podrán evaluar las acciones concretadas.

No quiero finalizar, sin agradecer -una vez más- a los que hacen posible que este medio de difusión de las producciones de nuestra Comunidad Educativa siga el curso que nos habíamos propuesto. A todos muchas gracias. Hasta la próxima.-



Dr. OSCAR DANIEL ALPA
DECANO
Facultad de Ciencias Económicas
y Jurídicas - UNLPam

INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

¿QUÉ CAMBIÓ CON LA REFORMA DE LA LEY 25087? ANÁLISIS DE SENTENCIAS PENALES SOBRE DELITOS SEXUALES

Daniela ZAIKOSKI¹

RESUMEN

En el año 1999 la ley 25087 reformó el Título III del Código Penal argentino e introdujo en la legislación penal un nuevo bien jurídico que protege la integridad sexual y que se muestra ajeno a las consideraciones ético-morales subyacentes en el anterior tipo. Actualmente los delitos sexuales se denominan “Delitos contra la integridad sexual”, en vez de “Delitos contra la honestidad”. La aplicación literal del término honestidad llevaba a sostener que quien tuviera experiencia sexual no podía ser sujeto pasivo del delito. La experiencia sexual desplazaba la honestidad, salvo en el caso de la mujer casada, quien la adquiría y practicaba dentro de los cánones legitimados de actividad sexual matrimonial.

Esta connotación moral en el tipo penal, respondía a consideraciones sociales acerca de la sexualidad y tenía directa relación con el modelo de familia que sostuvo el derecho por largo tiempo. Este trabajo procura dar cuenta de los efectos del cambio normativo en el discurso jurídico mediante el análisis de 232 sentencias penales dictadas por las tres Cámaras Criminales de la provincia entre 1995 y 2007 y observar si ha habido modificaciones en el discurso jurídico y en las prácticas de los operadores.

1) INTRODUCCIÓN

La ley 25087 en el año 1999 introdujo en la legislación penal un nuevo bien jurídico que protege la integridad sexual y que se muestra ajeno a las consideraciones ético-morales subyacentes en el anterior tipo. Actualmente los delitos sexuales se denominan “Delitos contra la integridad sexual”, en vez de “Delitos contra la

¹ Abogada por la UNLP, Especialista en Derecho Público (UNC), maestranda en Sociología Jurídica por la UNLP. Docente de Introducción a la Sociología y de Sociología Jurídica en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam

honestidad”.

“La honestidad era el objeto jurídico comprometido en el sistema anterior y había sido interpretado en un sentido religioso como el acto sexual fuera del matrimonio, y desde un punto de vista moral o de las costumbres sociales como la inexperiencia sexual”(De Luca Casariego en Binder y Zaffaroni, 2006:486).

La aplicación literal del término honestidad llevaba a sostener que quien tuviera experiencia sexual no podía ser sujeto pasivo del delito. La experiencia sexual desplazaba la honestidad, salvo en el caso de la mujer casada, de quien se presume que tiene alguna experiencia al respecto y cuyo comportamiento sexual no resulta cuestionado por la opinión de familiares y/o vecinos, ya que adquiere experiencia y practica la sexualidad con el marido y dentro de los cánones legitimados de actividad sexual matrimonial².

Esta connotación moral en el tipo penal, respondía a consideraciones sociales acerca de la sexualidad y tenía directa relación con el modelo de hombre, mujer y niño/a al interior de la familia, que sostuvo el derecho por largo tiempo; en su caso, en este trabajo se intenta indagar sobre los efectos del cambio normativo.

En este sentido y expresando cómo el discurso jurídico recepta los cambios sociales los jueces resaltan que:

“Si bien es cierto que lo que puede ser inmoral para una época puede no serlo para la actual o la futura, o que lo que resulta inmoral para un grupo social no lo es para otro, existen hechos que no variaron por el paso del tiempo y que resultan ser similares en cualquier grupo social, cual es la protección de la integridad física o psíquica de los menores a fin de garantizarles la normalidad de su accionar dentro del grupo social”³ (sentencia 77/1995 CC 2 SR).

2) CUESTIONES TEÓRICO-METODOLÓGICAS

La reforma legal fue el resultado de la labor de los grupos feministas y recogió postulados del derecho penal, del derecho de los derechos humanos y los aportes teóricos de los estudios de género. En tal sentido, el derecho como campo social, se constituye en un espacio para ser modificado o para generar cambios, y de eso se trató la reforma de la ley 25087.

² Ver más abajo el voto en disidencia en el fallo 3327/1996 CC GP resuelto antes de la reforma de la ley 25087. Esta ley cambia la edad de la víctima. El discurso jurídico sostenía un modelo de familia matrimonial, aunque las relaciones sexuales entre solteros no estuviesen penadas.

³ La cita remite a lo normal/patológico según la construcción y el sentido que Durkheim atribuye al crimen, como así también a la idea de que existen hechos sociales universales, por ejemplo el incesto. De esta manera se construyen esencialidades y naturalizaciones y se omite el carácter sexuado del derecho y de los bienes jurídicos que protege.

Es así que los movimientos de mujeres han hecho uso del derecho y tienen ciertas expectativas acerca de lo que se puede hacer con él (funciones del derecho) que oscilan entre desconfiar de los mecanismos y herramientas jurídicas disponibles, pensando que el derecho es patriarcal; hasta pedir más reformas y leyes como si de ellas se dependieran los cambios. En ese sentido:

Las mujeres buscan igualdad en todas las esferas de la vida y utilizan una amplia gama de estrategias para alcanzar este objetivo. El feminismo no pertenece exclusivamente al campo del derecho. Sin embargo, el derecho ha figurado de manera prominente en la lucha por la igualdad de las mujeres, tanto como un ámbito a ser reformado, cuanto como instrumento para la reforma. (Fiss,1993: 319)

Teniendo en cuenta la complejidad del fenómeno de la violencia sexual y su relación con el discurso jurídico, hemos retomado los aportes de la teoría de género, los que resaltan la condición de sujetos de derecho de las mujeres. Estos estudios a partir de los años sesenta han logrado progresivamente politizar lo personal y lo privado llevando a la arena de la discusión pública la violencia contra las mujeres, los delitos sexuales, entre otros temas.

En cuanto a los objetivos considerados al realizar esta investigación⁴ sobre sentencias penales dictadas en causas donde se aborda la violencia sexual y se dilucida la comisión de delitos contra la integridad sexual, fueron: **a)** dimensionar el fenómeno en la provincia a través de la recopilación de sentencias penales desde 1995 a 2007 para aproximarnos a aspectos cuantitativos tales como: cantidad de personas involucradas, edad, clase y ocupación de víctimas y victimarios⁵, relación entre sujeto activo y pasivo; **b)** en una faz cualitativa analizamos el discurso jurídico para poder observar cómo se construyen las representaciones sociales acerca del cuerpo de los niños/niñas, la idea de poder en los grupos

4 Este trabajo se enmarca en el proyecto “*El discurso jurídico de los jueces en las sentencias contra delitos contra la integridad sexual*” que desarrolla la Cátedra de Sociología Jurídica de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam aprobado por Resolución 151/2010 Directora Dra. Olga Salanueva.

5 Al respecto pueden verse los artículos “Sentencias sobre integridad sexual. Primeros avances sobre la investigación” de Salanueva y Zaikoski, “El contexto familiar de las personas abusadas” de Zaikoski y Salanueva publicados en Actas del XII Congreso Nacional y II Latinoamericano de Sociología Jurídica Santa Rosa 2011 y “Perfil del victimario de delitos sexuales. Análisis cuantitativo de sentencias penales (La Pampa- 1995-2007) de Zaikoski en publicado en Actas del XIII Congreso Nacional y III Latinoamericano de Sociología Jurídica Viedma 2012.

familiares, por qué estos delitos quedan invisibilizados (carácter de instancia privada), cómo influye la noción de la sacralidad de la familia, la forma en que se representa a la madre y el rol que se adjudica a los miembros de la familia y c) hacer una aproximación que permitiera observar que los operadores participan de ciertas ideas e imágenes respecto a la familia, la privacidad, la sexualidad, las mujeres y la niñez sustentado por el discurso jurídico y cómo en las sentencias hacen mérito de una determinada moral sexual dominante, construida a través de prejuicios y/o perspectivas religiosas, morales, políticas a fines de explicar la despolitización de la violencia que se comete contra las víctimas a quien la ley debería garantizar sus derechos y la persistencia del discurso patriarcal en el discurso de los operadores jurídicos.

En nuestro caso, además de estos aportes teóricos, recurrimos a la sociología jurídica, que contribuye al análisis y crítica del derecho como fenómeno social.

La sociología jurídica permite abordar las cuestiones de subordinación de las mujeres teniendo en cuenta algunos elementos que han caracterizado la tradición feminista como: la crítica de una noción esencialista y universalista del derecho, y el rechazo a un análisis que establezca principios generales basados en abstracciones opuestas a la experiencia de hombres y mujeres. La experiencia ha sido siempre el punto central para el análisis feminista y puede ser recuperado a través del análisis socio-jurídico (Bodelón, 1998).

3) EL DISCURSO JURÍDICO

Atento los objetivos propuestos, en el marco teórico señalado y tras recopilar más de trescientas sentencias y sistematizar 232 de las tres Cámaras Criminales de La Pampa sobre delitos sexuales, corresponde hacer una aproximación a lo que entendemos por discurso jurídico.

En tal sentido, hemos retomado las contribuciones críticas de Entelman (1982 y 2006) y Ruiz (2000 y 2006) como también los aportes al campo jurídico de Bourdieu (2000). Asimismo abordamos el concepto de lenguaje jurídico como vehiculizador de un particular tipo de discurso a través de las aportaciones de Duarte y Martínez (1995).

El discurso jurídico se produce en condiciones especiales de distribución de la palabra (Entelman, 2006). No tanto importa que sea oral o que se plasme en un texto escrito, sino más bien quiénes son los sujetos autorizados a emitirlo. En ese sentido,

quienes están en la posición suprema para emitir el discurso son los jueces. Concretamente son los magistrados quienes distribuyen la posibilidad del habla en las audiencias, proveen o rechazan peticiones escritas u orales de los demás involucrados; ordenan y deniegan la producción de pruebas, disponen la comparecencia de determinadas personas y en última instancia son los encargados en el sistema penal de absolver al imputado, nulificar un procedimiento por vicios o defectos formales, aplicar o inaplicar una norma y finalmente condenar y convertir al imputado en culpable de un delito.

Los jueces tienen la facultad de fijar las penas y las condiciones de la condena dentro de un catálogo de posibilidades dados por el derecho penal sustancial y procesal.

En este escenario también se encuentran otros personajes que poseen distinto capital social y cultural. Algunos son letrados, otros legos. Están los funcionarios del Ministerio Público (fiscales y defensores oficiales), defensores particulares y peritos. Entre los profanos están las partes y los testigos.

Éstos necesitan que el hecho social delictuoso sea traducido a lenguaje jurídico y se constituya en un problema que el sistema penal, en este caso, pueda resolver. Los operadores jurídicos se sitúan al interior del campo jurídico en diversas posiciones dependiendo de cuánto y cuáles capitales posean (destrezas, habilidades argumentativas etc). En el discurso jurídico existe y se ponen en juego una serie de rituales. Es así que:

En el discurso jurídico esas formas rituales se multiplican de tal manera que sólo determinados individuos pueden decir determinadas cosas, y lo hacen, con un grado tal de desarrollo, que establecen visibles jerarquías entre los distintos tipo de expresiones que integran el discurso. (Entelman 1982:88).

Es decir, remite directamente al poder y bajo el supuesto de la búsqueda de la verdad, aparecen prejuicios acerca de cómo fueron los hechos, qué importancia tienen o qué preconceptos existen acerca de quiénes lo cometieron y qué debió hacer la víctima. En esa circulación de la palabra, están las condiciones para producir un tipo de verdad que puede o no satisfacer a las partes, dado que no siempre las soluciones de estilo binario *culpable/inocente* o *condenado/absuelto* que da el derecho penal son soluciones valederas para los involucrados.

Para este autor se produce un doble juego de negación u ocultamiento y ostentación. El derecho niega el poder que conllevan las relaciones sociales a que está llamado a solucionar; y a la vez muestra cómo lo institucional y la organización del poder resultan

el fundamento de la dominación y la sumisión; al mismo tiempo que el derecho consagra o prohíbe acciones, adjudica o niega derechos; oculta su carácter de práctica social en la que subyacen relaciones de poder/saber.

Cuando en el marco del derecho se aplica un castigo (un tormento, una privación, una disposición de los cuerpos, una muerte) hay siempre un mensaje implícito sobre la violación de un particular equilibrio de poder y un destinatario de ese mensaje muy distinto del sujeto pasivo del castigo. El cuerpo de quien padece el castigo toma el lugar del texto y en él se inscriben reubicaciones de los otros individuos en las prácticas del poder en esa sociedad (Entelman, 2006:214).

Si aplicamos este razonamiento a los mensajes que se pronuncian en las sentencias de delitos contra la identidad sexual, queda claro que cuando castigan, no solo castigan a ese imputado, también emiten un mensaje ejemplificador o disuasorio. Cuando absuelven no solo le dicen al victimario que no transgredió ningún orden social sino que al mismo tiempo están interpelando a la víctima. A ella y a otros potenciales sujetos pasivos de un delito, el discurso jurídico les está diciendo que es posible padecer aquello que sufrieron, que es posible que aquello que sufrieron no sea delito después de todo⁶.

El discurso jurídico requiere o resignifica otros discursos, por ejemplo el del sentido común y el científico. Uno es tomado -en el caso de análisis de sentencias- a partir de los testimonios y confesiones; el otro mediante el recurso del saber especializado y supuestamente neutral de los peritos u otros auxiliares de la justicia (Entelman, 1982).

Otra autora que aborda el problema del discurso jurídico es Ruiz, quien dice que es un discurso social.

El derecho es un discurso social y, como tal, dota de sentido a las conductas de los seres humanos y los convierte en sujetos, al tiempo que opera como gran legitimador del poder, que habla, convence, seduce y se impone a través de las palabras de la ley. Ese discurso jurídico instituye, dota de autoridad, faculta a decir o hacer, y su sentido resulta determinado por el juego de relaciones de dominación, por la situación de las fuerzas en pugna en cierto momento y lugar. (Ruiz, 2000:21).

El derecho no es pura norma sino un discurso performador

⁶ Cuando el victimario es declarado inimputable, es decir que no ha comprendido la criminalidad de sus actos, se confronta el hecho de que el ordenamiento jurídico (como abstracción y entelequia) no ha sido violado, lo que no quiere decir que la víctima no haya sufrido en si misma el hecho lesivo.

de sujetos; desde la teoría crítica se lo define como práctica discursiva social y productora de sentidos diferentes a los sentidos construidos desde otros discursos. El derecho cada vez que consagra alguna acción u omisión está diciendo dónde está el poder, está remitiendo a la violencia. De aquí que resulte importante aproximarse no solo a lo que dicen las normas (primer nivel, según la autora) y en nuestro caso a las modificaciones introducidas en la tipificación de los delitos sexuales en el lapso seleccionado; sino que además sea tan o más importante acercarse a cómo se aplica y se invoca el derecho, cómo se interpreta el derecho que se invoca (segundo nivel) y qué funciones cumple, qué encubre y qué imaginario sostiene; es decir, si se sigue fallando en base a la moral sexual y al estereotipo tradicional de familia, mujer y niñez (tercer nivel)⁷. Ruiz (ob cit) agrega que el discurso jurídico a la vez que encubre y desplaza el conflicto social, otorga seguridad porque se emite en condiciones de coherencia y bajo la creencia de la completitud del orden jurídico.

El derecho legitima el poder del Estado y en todos los intersticios de la vida social, a través de la consagración explícita de quienes son sus detentadores reconocidos y también de manera más sutil, cada vez que dice con qué mecanismo es posible producir efectos jurídicos. Sólo algunos, y bajo ciertas condiciones, podrán contratar, reconocer, hijos, contraer matrimonio, acceder al desempeño de ciertos cargos y aun matar y morir legalmente. Cada vez que el derecho consagra alguna acción u omisión como permitida o prohibida está revelando dónde reside el poder y cómo está distribuido en la sociedad” (Ruiz, 2000:21).

Solo algunas personas y bajo muy estrictas condiciones podrán ser investigadas y eventualmente condenadas por delitos contra la integridad sexual. Posiblemente aquellos cuyos actos sean demasiado groseros como para ser tolerados por el orden jurídico masculino.

En cuanto a las mujeres sujetas pasivas del delito sexual, si bien la norma parece neutral, es decir debería aplicarse de igual forma a los casos en concreto; las prácticas de los operadores hacen el resto: a veces las mujeres violadas por parejas, conocidos o ex maridos no son *realmente* violadas⁸, los niños/as fabulan, fantasean

⁷ La diferenciación por niveles del discurso sirve a los fines heurísticos, pero en realidad el discurso se construye como una totalidad en la que se complementan, confunden o intervienen otros lenguajes, por ejemplo el técnico de los peritos.

⁸ La distinción entre ser violadas por un conocido o por un desconocido, cómo se desenvuelve la investigación de los casos y cómo se ponen en evidencia toda una serie de supuestos y de prácticas policiales y judiciales es trabajado por Susan Estrich en Di Corleto 2010 págs 57-84.

o directamente mienten y se desdican. La moral sexual y los roles estereotipados se plasman en el discurso jurídico de las sentencias.

La tensión que se presenta entre la teoría de género y del derecho penal, y que es advertida por Fiss, dificulta la posibilidad de mostrar un discurso homogéneo que pueda tener en cuenta las necesidades de grupos específicos, como son las mujeres, y más aún las mujeres que han sido capturadas por las redes del poder punitivo, sea como imputadas o como víctimas⁹. Aún así hay que precaverse de la apelación al derecho. Resulta cuestionado el hecho de recurrir al derecho penal en casos de violencia sexual porque hay que preguntarse: ¿Si el derecho ha reflejado la experiencia de los hombres, cómo puede ser que construya una verdad (jurídica/judicial) que favorezca a las mujeres, a los niños, niñas? ¿cuál es la verdad que se cristaliza en un determinado discurso jurídico?.

En este sentido el discurso jurídico en su faceta legislativa ha dado mensajes contradictorios acerca de si recurrir o no al derecho penal. Mientras el art. 41 de la ley 26485 dispone que no se crean otros delitos que los ya contenidos en el Código Penal, al poco tiempo se modificó el art. 80 del Código penal y se tipificó el delito de feminicidio¹⁰, lo que lleva a suponer alguna la utilidad del poder punitivo.

Las reglas de producción del discurso jurídico son reglas de atribución de la palabra, que individualizan a quienes están en condiciones de decir el derecho. Para las feministas, si el derecho estaba del lado de los hombres, tiene sexo y es masculino, era lógico que por mucho tiempo, no viera en otros sujetos, como sujetos de derecho.

En cuanto a cómo considera a las mujeres, el derecho

9 Por otro lado, esta tensión y heterogeneidad discursiva y práctica tanto de los feminismos como del derecho favorece la discusión porque requiere de las ciencias el empeño de llevar los razonamientos al extremo, de tal manera que las particularidades de la situación de las mujeres queden debidamente ubicadas en la generalidad del discurso jurídico. Aunque éste cada vez se diversifique y amplíe, no deja por ello, de ser un instrumento poderoso capaz de fijar las relaciones sociales.

10 Existe toda una gama de posiciones de las feministas acerca de la violencia contra las mujeres. En general las penalistas desincentivan el uso del derecho penal para estos casos. Puede verse Larrauri (2007 y 2008), Pitch (2003 y 2012) mientras que autoras como Chejter involucran el derecho penal de manera mas evidente en la lucha contra la violencia de género. Entre las recomendaciones contenidas en el Estatuto para el Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer se encuentran la de sancionar la violencia contra las mujeres a través de reformas del código penal, tipificar delitos de violencia sexual o familiar en los ordenamientos penales entre otras propuestas (Ver Informe ELA, 2008:296).

tuvo (o tiene) una visión esencialista y les atribuye cualidades universales y eternas que se naturalizan, cuando en realidad hay una construcción social y por ende histórica detrás de ello. Teniendo en cuenta esas características el derecho otorga o niega derechos, y en esas operaciones se adjudica o se niega la posibilidad de ser sujeto de derechos.

También se encuentran los aportes que hacen Duarte y Martínez. Estos autores sostienen que en la actualidad cada ámbito de la vida social se caracteriza por tener una forma determinada de comunicar, emplear y construir textos, lo que da lugar a que en el lenguaje jurídico haya palabras, frases, formas sintácticas propias, distintas de las usadas en otras áreas del saber.

El lenguaje jurídico y administrativo, por ejemplo, es una de los más fijados, ya que funciona sobre la base de textos: se dictan leyes, se suscriben contratos, se extienden órdenes de registro etc. Con estos textos se denuncia, se defiende, se sentencia, se absuelve, y cada uno de ellos, según su finalidad, adopta una forma única y precisa (Duarte y Martínez, 1995: 11).

Quienes manejan el lenguaje jurídico según estos autores, comparten conocimientos culturales, jurídicos, que permitan adjudicar inequívocamente los significados y así poder desarrollar las estrategias adecuadas¹¹.

Por eso señalábamos que existe una necesidad de traducir el problema social en problema jurídico y esta actividad la llevan adelante los operadores del derecho.

Así los procuradores y abogados, que además de tener capacidad jurídica obran delante de los órganos judiciales, emplean un lenguaje compartido con unos destinatarios especializados, hecho que no exige la comprensibilidad del destinatario profano. Posteriormente será el abogado o procurador quien, con un lenguaje asequible y menos especializado, traduzca el contenido de los documentos a las partes representadas (Duarte y Martínez, 1995: 44)¹².

A través del lenguaje profesional, el discurso jurídico se presenta completo, sin lagunas y en ese sentido conlleva el ejercicio de la violencia simbólica, otro concepto elaborado por Bourdieu.

11 Relacionamos estas ideas con el concepto de nominación y del derecho a decir el derecho que apunta Bourdieu.

12 Es por esto que desde el punto de vista de estos autores, el lenguaje jurídico es un lenguaje de especialidad. Si bien no constituye un sistema distinto de la lengua general, sí posee un alto formalismo, tiene un contenido o materia propios, se desarrolla, transmite de una determinada forma -impersonalidad del lenguaje especializado-, se expresa en relaciones entre los interlocutores (jueces, testigos, peritos, abogados, partes) según el rol de cada actor en la comunicación.

En el marco de los aportes de este último autor, el orden social se supone, es decir, está tan naturalizado que no requiere legitimación. Nadie se pregunta por qué esto es así, todo está en el orden de las cosas. A tal efecto la dominación masculina se extiende por sobre las mujeres (y los niños/niñas) a tal punto que opera como el reflejo mediante el cual el dominado se mira. Los dominados aplican a las relaciones de dominación unas categorías construidas desde el punto de vista de los dominadores, haciéndolas aparecer como relaciones naturales. No es que:

“las estructuras de dominación sean ahistóricas, sino que son el trabajo continuado (histórico por tanto) de reproducción al que contribuyen unos agentes singulares (entre los que están los hombres, con armas como la violencia física y simbólica) y unas instituciones: la Familia, Iglesia, Escuela y Estado” (Bourdieu (2000:50)¹³.

Como habíamos señalado, el discurso jurídico al ser producido por órganos específicos y según condiciones y reglas determinadas, produce una división entre quienes comparten los códigos de producción del discurso y los legos. Esto remite al concepto de campo jurídico que está caracterizado por:

1) ser un espacio limitado, 2) ser un espacio de lucha, 3) ser un espacio definido mediante regularidades de conducta y reglas aceptadas, 4) presentar momentos de crisis coyunturales, donde las reglas que hasta ese momento venían regulando el juego se cuestionan y 5) ser un espacio donde la distribución de fuerzas es desigual” (Bourdieu, 2000:62).

En el campo jurídico se produce una cierta verdad, no necesariamente ligada a como pasaron los hechos sino a cómo estos se construyen mediante la aplicación de reglas de atribución de la palabra. No se atribuye el poder de nominación a todos los actores de la misma manera ni a los mismos fines. Los jueces monopolizan el discurso jurídico al emitir el acto instituyente más importante: la sentencia; y en consecuencia son quienes hacen uso de la dicotomía fundante del derecho represivo: absolver o castigar.

La relación de fuerzas que se da en el campo jurídico remite a la relación que establece el discurso entre la verdad y el poder.

En definitiva, el discurso jurídico aparece (no quiere decir que efectivamente sea) como un discurso totalizador y racional. Remite a lo universal, a la completitud, a la coherencia, al poder y a la verdad. No es casual que estos caracteres también se asocien a

¹³ La ciencia, se podría agregar, funciona como uno de los tantos mecanismos de dominación, que también ha hecho suyas características que luego atribuye a los varones y a las instituciones.

lo masculino; mientras que lo femenino está vinculado con lo particular, lo incompleto, remita a lo afectivo, a la irracionalidad y a la naturaleza.

En el discurso jurídico circulan significados y se le da sentido a términos como niñez, adolescencia, mujer, víctima, victimario, entre otros. En particular, el derecho penal es un reflejo de la condensación de ciertas valoraciones y principios sobre los que se asienta un determinado orden social. No solo la expectativa de uso de la coerción disuade de cometer ciertas conductas, sino que más sutilmente influye en la generación de explicaciones e interpretaciones de la realidad que son más difíciles de conmovir que el esfuerzo que puede llevar la sanción de una nueva ley.

4) EL CAMBIO LEGAL EN LAS SENTENCIAS Y LAS PRÁCTICAS JUDICIALES.

En orden al desarrollo expuesto, podemos afirmar que de la lectura de las sentencias suscriptas en los primeros años de la investigación hasta las más actuales, el lenguaje jurídico se ha vuelto más denso: las sentencias son más largas, tiene mayor cantidad de citas bibliográficas y hasta contienen fundamentos y citas de derecho internacional, sea la mención de tratados o de jurisprudencia de órganos internacionales. Parece que los redactores de las sentencias tratan de justificar mejor sus posiciones cuando fallan sobre delitos de integridad sexual. También se advierte a través de los años, el recurso a elementos de otras ciencias, es decir la apoyatura en saberes extrajurídicos que componen un cuadro a primera luz más amplio y abarcativo de la situación de violencia que se experimenta en ocasiones de ataque sexual. Sin embargo, la posible colaboración de esos saberes técnicos de expertos sicólogos, siquiátras o trabajadores sociales no obsta a una interpretación reduccionista de los hechos de violencia sexual, que aún no son comprendidos como procesos sociales más complejos.

No siempre las modificaciones legales (primer nivel según Ruiz), los cambios en el uso formalizado del lenguaje especializado y la manera de interpretación de las normas (segundo nivel) se condicen con cambios más profundos en las representaciones sociales que se plasman en el discurso jurídico como productor de sujetos y como cristalizador de situaciones jurídicas (tercer nivel). En ese sentido:

Las normas jurídicas cobran vida a través de la recreación que el juzgador hace de ellas delimitando su alcance y contenido. La perspectiva valorativa que adopta el juzgador incide decisivamente

en el mensaje que transmite a la sociedad con la aplicación de la ley, a través no solo de las decisiones de condena o absolución, sino a través de las explicaciones que recorren la motivación de tales decisiones (Asúa Batarrita, 2008:133).

Por otra parte, solo muy recientemente sobre todo a partir de 2008 las sentencias empiezan a tomar en cuenta los fundamentos de derechos humanos que contienen los instrumentos internacionales adoptados por nuestro país. Esto da lugar a lo que podríamos llamar una asincronía entre cambio legal y cambio jurídico, ya que el paradigma que establecen las normas no siempre es ni rápida ni fácilmente apropiado por los operadores jurídicos. El Poder Judicial es normalmente conservador del statu quo, reacio a adoptar cambios y no se ha caracterizado al menos de lo que surge del estudio de más de 200 sentencias penales, por innovar¹⁴ en materia de violencia y delictividad o criminalidad sexual contra mujeres, niñas y niños.

De lo que se trata entonces no es solo de cambiar las leyes, sancionar nueva legislación, sino de modificar pautas y prácticas arraigadas de los operadores que suponen paradigmas distintos a los que incorpora la legislación más avanzada.

En tal sentido, para el análisis de estos complejos fenómenos, según Evan (Cotterrell, 1991:64) se requiere: autoridad y prestigio en la norma, racionalidad del nuevo derecho, establecimiento de modelos pragmáticos para el facilitar el cumplimiento de la ley, el uso del tiempo y las sanciones. Estas cuestiones remiten a las explicaciones sobre cambio legal y cambio social.

Para los casos que nos ocupan, encontramos recién en 2011 un fallo¹⁵ del Tribunal de Impugnación Penal de la provincia que obliga al juzgado de primer grado a instruir una causa de violencia contra una mujer en el marco de una relación familiar en base al deber de investigar las violaciones de derechos humanos de las mujeres, en consecuencia con las acciones a que se ha comprometido el Estado (y el Poder Judicial es parte del Estado) acerca de la obligación de

14 A partir de los casos Carla Figueroa (2010) y más recientemente el caso de Sofía Viale (2012) se puso en marcha la Oficina de Orientación y Asistencia a la Víctima de delito tanto en Santa Rosa como en General Pico y se están llevando a cabo otras acciones para la mejor atención de la violencia de género

15 Se trata del fallo “ROBLEDO, Roberto Ricardo s/ recurso de impugnación” legajo 280/2011 en que la defensa del imputado había pedido la suspensión del juicio a prueba, lo que fue otorgado por el juez de control. El Fiscal se opone y recurre. El Tribunal de Impugnación Penal, en base a la ley 26485, los pactos internacionales que obligan al Estado a investigar y la recomendación n° 19 de la CEDAW entre otros fundamentos, ordena continuar la investigación. Finalmente el imputado fue absuelto, pero el hecho quedó debidamente instruido.

actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer conforme art. 7 inc b) de la Convención de Belem do Pará.

En cuanto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en diciembre de 2012 la provincia adhirió por ley 2703 a la ley nacional 26061, pero creemos que no están dadas todas las garantías legales correspondientes, lo que sin dudas también trasunta un grave incumplimiento a los deberes asumidos internacionalmente.

Para visualizar y vincular adecuadamente el tema del discurso jurídico y la persistencia de las prácticas de los operadores, aun cuando haya cambios legales, organizamos el análisis de los documentos tomando algunas de las cuestiones más relevantes que surgen del relato de los hechos y del derecho aplicable en las sentencias recopiladas:

- a).-la indagación acerca de la honestidad de la víctima,
- b).-el consentimiento, resistencia o voluntariedad manifestadas al momento del hecho delictuoso y en su caso la (in)experiencia sexual previa,
- c).-el carácter privado del hecho delictuoso y la instancia privada,
- d).-la veracidad o tendencia a la fabulación en el caso de los niños/niñas,
- e).- Las situaciones donde hay retractación y su interpretación,
- f).- la naturalización del uso del cuerpo de los niños/as en una sentencia paradigmática,
- g).-la consideración de la violencia en la comisión de delitos sexuales,
- h) la figuras de madre,
- i) los efectos de la violencia sexual sobre la sexualidad,
- j) la idea del hombre proveedor y
- k) la imagen de mujer provocadora, resentida y vengativa.

Las sentencias cuyas partes se transcriben expresan los modos en que se resiste el cambio legal y cómo el discurso jurídico oculta/desplaza por un lado a las víctimas –principalmente mujeres y los niños/as- y a la vez muestra/ostenta que según la letra de la ley son sujetos de derechos¹⁶.

4.1) la indagación acerca de la honestidad de la víctima:

Es posible detectar a partir del análisis del discurso jurídico la persistencia de los operadores de atribuir ciertos caracteres a la

¹⁶ Por razones de espacio remitimos a un completo análisis de las sentencias penales al informe final de la investigación, inédito. Aquí solo se desarrollan los ítems a) y b).

víctima tales como el ser honesta, ser buena mujer, provocadora u otros; cuando en los mismísimos fundamentos de la ley 25087 se explicaba que se cambiaba la condición de ser *honesta* por el derecho a la integridad sexual, siendo la honestidad un concepto moral que adjetivando la sexualidad de la víctima en realidad demostraba el carácter machista del discurso jurídico. En 2003 cuatro años después de la reforma introducida por la ley 25087 una sentencia persiste en la idea de delitos contra la honestidad:

Es indudable que este tipo de ilícitos contra la honestidad se caracteriza esencialmente por la ausencia de testigos presenciales de los mismos, por lo que quien debe juzgar las conductas humanas, debe tomar en cuenta otros tipos de factores que coadyuvados entre sí, nos establece con claridad lo efectivamente sucedido (textual sentencia 127/2004 CC2 SR)¹⁷.

En un caso de corrupción y facilitamiento de la prostitución los jueces retoman las declaraciones de una testigo que dice que: "...conocía a la joven desde niña, como una persona de buenas costumbres, integrada en una familia de trabajo y mientras estuvo en ese ámbito, jamás escuchó que estuviera relacionada con la prostitución..."(sentencia 38/2005 CC 1 SR) e integrar con otras pruebas los fundamentos de un fallo condenatorio al imputado¹⁸.

En otra causa de abuso sexual agravado con acceso carnal y aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente los magistrados dicen:

"Además, algunos testimonios que fueron también incorporados a la causa como los de (nombres de los testigos) a fs ..., no llegan a desmentir la situación que vivió la menor víctima, sino que por el contrario son afirmativos del carácter apocado, de la timidez de la misma y de otra circunstancia que se considera importante, cual es que (nombre de la niña) nunca tuvo novio, lo que avala en cierta medida sus afirmaciones de que con el único que tuvo relaciones sexuales fue con el imputado" (Sentencia 122/2002 la CC2 SR)

Lo que deja en evidencia que el resultado hubiese sido distinto si la chica hubiera tenido novio, es decir experiencia sexual,

17 En otra se lee: El bien jurídico protegido por el tipo penal, es en general el pudor público y en particular el del sujeto pasivo, que se ve involucrado en un suceso sexual sin su consentimiento, configurándose de ese modo un ataque a la libertad sexual (sentencia 101/2005 CC 2 SR). Parece que la protección de la libertad sexual es posterior y la consecuencia de la protección del pudor público

18 Nos preguntamos qué hubiera pasado si la joven no hubiese provenido de una buena familia y en su caso ¿qué es una buena familia? La sentencia supone que el hecho de tener una *buena familia*, hace que sus miembros individualmente considerados también lo sean. Parece que los jueces extienden la característica de la familia a la víctima.

cuestión que hubiera puesto en dudas su honestidad.

En un caso en que se debatía la comisión del delito estupro (art 120 antigua redacción) cometido por un padre en perjuicio de su hija de 13 años hasta los 14. Para el juez preopinante habían quedado probados los constantes acosos del padre y la convivencia de ambos por algún tiempo como 'pareja'. También hace mención a los reiterados e infructuosos intentos de rectificación/retractación que había efectuado la víctima. Lo que lleva a absolver al imputado es la comprobación de la experiencia sexual de la víctima antes de estar con su padre, por lo que "Resulta obvio que no cabe tener por acreditada, con la certeza requerida, la inexperiencia sexual (honestidad) de (nombre de la víctima) al momento de mantener relaciones sexuales con su padre" (sentencia 3327/1996 CC GP). El fallo, anterior a la vigencia de la ley 25087, contiene la disidencia de uno de los camaristas, quien afirma que si bien la víctima había mantenido relaciones previas a las que mantuvo con su padre, ello no puede ser considerado como experiencia sexual y tener "aptitud para que una niña-adolescente de 13 años se convierta en mujer 'deshonesta'". El magistrado sigue diciendo que:

"Por lo demás contrariando la que viene siendo la opinión mayoritaria de la doctrina y de la jurisprudencia, opino que, si hoy atribuimos el concepto de honestidad un campo restringido a la nula práctica sexual, la figura del art. 120 sería inaplicable. Importaría, además, negar los conocimientos aportados por la Psicología de la Adolescencia y los que provee la experiencia común acerca de la anticipación con que las niñas acceden a los juegos sexuales a partir de estímulos mass-mediáticos... El concepto de honestidad no excluye una cierta experiencia sexual, cuyos límites son difíciles de establecer... Dicho esto, juzgo que (nombre de la víctima) era una niña honesta cuando fue accedida por su padre" (sentencia 3327/96 CC GP)

Faltaban tres años para que la reforma del Título III CP tuviera lugar y el voto minoritario da cuenta de la evolución jurisprudencial y doctrinaria respecto de la aplicación del concepto de honestidad, lo cual coloca al magistrado en una posición de vanguardia para la época.

Sin embargo, lo medular del fallo pasa por la (in)experiencia sexual de la niña. Los tres jueces del caso omiten el tratamiento de un hecho más grave: el incesto paterno filial¹⁹ que es justamente lo que queda invisibilizado.

19 El incesto no es un tipo penal en el derecho positivo argentino. Aunque hay agravantes la cópula entre parientes no está sancionada como conducta autónoma. Sin embargo la doctrina penal admite que no es lo mismo ser abusado por un desconocido que por un pariente, lo cual es discutible.

4.2) El consentimiento, resistencia o voluntariedad manifestadas al momento del hecho delictuoso y en su caso la (in)experiencia sexual previa:

Indicativo de que el cambio legal no llega a conmovir las firmes bases socio-culturales del patriarcado, es la consideración de que la violencia sexual sigue tratándose de penetración, acoso, forcejeos y que lo que se sigue cuidando (en el caso de ser atacadas y vulneradas) no es la integridad de la víctima sino sus cavidades corporales. Pareciera que éstas no son parte de la integridad²⁰.

La idea de defensa del cuerpo mantiene la connotación instrumental de la fuerza (mediante sometimiento, castigos, amenazas, que sea ultrajante o grave) y a la violencia hay que contrarrestarla con resistencia. Por eso todavía se exige a la víctima que demuestre que se opuso a la *propuesta* del abusador/violador.

Si no resiste heroicamente (debe rasguñar, patear, morder a su agresor) tal vez porque piensa que otros bienes están en juego, esa actitud paradójicamente puede ser entendida como consentimiento. No hay una lectura que integre en la investigación penal de abusos sexuales la situación de sumisión, paralización y terror a que pueden ser sometidas las mujeres, niñas y niños. Incluso se ignora u omite considerar hechos antecedentes de violencia familiar cuando se pondera la resistencia que pudo haber ofrecido la víctima. Generalmente se piensa que ésta algo pudo hacer.

La importancia que se da a la resistencia de la víctima es tal que parece ser un acto exigido aún después de su muerte. En la sentencia 90/2005 CC 2 SR se condenó al agresor (varón 26 años) como autor penalmente responsable de los delitos de abusos sexual con acceso carnal en concurso real con homicidio calificado a pena de prisión perpetua a una mujer de 15 años.

Los jueces dicen:

“Quedó probado que también sometió sexualmente a la víctima. Los informes médicos son concluyentes sobre la violencia sexual; ésta producida mediante acceso carnal en la vagina. Esta acción

²⁰ El tipo penal tal como ha sido redactado conforme la ley 25087 no supera el hecho de que la sexualidad está ubicada en algún lugar del cuerpo de las personas: si se es mujer (honesta podríamos agregar) la violencia tiene que estar orientada a vulnerar y acceder a la vagina -el paradigma tangible de la sexualidad femenina- y en una jerarquía inferior, la boca y el ano. Si se es varón, las cavidades que hay que defender del ataque son las dos últimas, pero parece que la orientación sexual del sujeto pasivo también influye en la forma y medida de la protección del bien jurídico: integridad sexual.

del autor se produce evidentemente luego de que la víctima recibió los golpes de aquel, y estando en estado de total inconciencia. Ello surge claramente del informe médico sobre (nombre del imputado) que da cuenta que el mismo no presentaba lesiones de resistencia de la víctima". (sentencia 90/2005 CC 2 SR).

Si la joven estaba en *estado de total inconciencia* cuando fue accedida, por qué los jueces resaltan el hecho de que el imputado no tuviera lesiones indicativas de la resistencia de la víctima. ¿Era necesario comprobar si la víctima se resistió o no?. De ese modo -corroborar la resistencia- se mantiene la representación social acerca de que los delitos sexuales tienen que ver con el sexo, y no con la violencia hacia las mujeres; tiene que ver con el ánimo libidinoso, lascivo de los victimarios y no con la integridad sexual de las víctimas.

La consecuencia directa de exigir la demostración de la resistencia para demostrar que no hubo consentimiento, es que las mujeres abusadas no denuncien. Esta actitud tiene su justificación: un sistema penal que no les garantiza sino más culpabilización y revictimización²¹. También tiene el efecto de irresponsabilizar al agresor, con lo cual se mantiene la idea de que las agresiones sexuales *verdaderas* son las que ocurren entre desconocidos.²²

4.3) Como se usa el dato de la edad de la víctima:

Cuando no es posible exigir la demostración de la resistencia por obvias razones de asimetrías en la relación de fuerzas; como son los casos en que niños/as son víctimas de delitos sexuales, se ponen en marcha otros mecanismos exculpatorios del victimario, vinculados al comportamiento infantil y una especial consideración acerca de lo que -sobre todo las niñas- son capaces de hacer.

En un fallo los magistrados se explayan sobre el reproche penal que hay que hacer a un sujeto pasivo varón que se ha *confundido* creyendo que su víctima tiene más edad que la que establece el del tipo penal. Sin perjuicio que el error de hecho es una eximente, es frecuente que se responsabilizar a los niños/

21 Hemos encontrado sentencias donde se deja constancia de cuatro intervenciones ginecológicas a la víctima para corroborar el acceso carnal. Peores son los casos de tacto vaginal practicado a niñas en casos de abuso sexual simple, donde no hay penetración, por ende tampoco era necesario el tacto para corroborar lesiones o rotura de himen, entre otras cosas.

22 Al respecto puede consultarse Beatriz Fontana (2004): De vergüenzas y secretos. Consideraciones sobre la violencia sexual en la pareja. Editorial Espacio. Buenos Aires en la que se aborda el problema de la violencia sexual entre conocidos que mantienen una relación amorosa, y cómo ello se invisibiliza y oculta por múltiples factores.

niñas de dar a entender supuestos deseos amorosos para justificar la conducta de los imputados.

En efecto (nombre de la niña) con el candor propio de su corta edad, narra la forma en que, en el aposento, del novio de su hermana mayor, inició un diálogo afectuoso y motivante con éste último, pasando suavemente al sutil plano de la seducción, siempre presente entre los sexos, más aún cuando se trata de jóvenes y en el ambiente cargado de significación. La acción se desarrolló rápidamente, con caricias, recibidas hasta el momento en que ‘despertó’, percatándose del alcance que ya los hechos tenían, saliendo de la situación de la mejor forma que pudo. Sus cortos años, necesitaron de sus mayores- eficaz recurso para resolver una posible culpa- y éstos por razones poco explicadas, se decidieron por la denuncia del caso ante la prevención. Entiendo que este recorrido, deja las cosas resueltas acabadamente: no se han reunido los elementos del tipo intimidado, ya que no hubo de modo alguno intimidación o fuerza en la perpetración del hecho. Hubo simplemente seducción (sentencia 3891/1998 CC GP)

La larga frase que transcribimos condensa la hipersexualización del cuerpo femenino y la erotización de la niña, la culpabilización por seducir a un hombre -que por supuesto es un ser pensante y racional- e implica un interrogante hacia los padres, quienes no se sabe por qué denunciaron si el hecho se desarrolló en tono de amoroso y seductor. El varón mayor de edad, no solo queda absuelto sino que según este razonamiento nada tuvo que ver con la vulneración a la integridad sexual, nada perdió la seductora niña.

La sentencia 26/2004 CC 2 SR también involucra a un joven de 23 años y a una niña de 11. Allí si bien se condena al imputado se hacen menciones al carácter voluntario de los hechos de contenido sexual. Los jueces, por un lado dejan en claro que el consentimiento es ineficaz por la edad de la víctima; pero por el otro se encargan de reforzar esta idea, como si fuera necesario remarcar que un sujeto menor de 12 años no puede dar consentimiento. “La voluntariedad de la relación no existió al decir de (nombre de la niña) pues dijo que fue llevada por la fuerza”. Con el tipo penal así como está redactado, ¿hay que resistirse?

Lo importante aquí es el contenido objetivo de la edad del tipo penal, ¿qué hubiera pasado si no la hubiera llevado por la fuerza? ¿cómo hubieran justificado que igualmente el consentimiento no es válido?. Y siguen: “La relación fue consentida, pero el imputado estaba en conocimiento de la edad de la víctima” con lo que se oscurece al relación asimétrica de poder entre un adulto y un menor de edad.

Son numerosas las sentencias en las que hay *error* en la edad de la víctima, porque se las caracteriza con rasgos femeninos más desarrollados de los que corresponden al promedio. Normalmente esta argumentación forma parte de los fundamentos de la defensa, en base al discurso médico, como si la edad fuera una característica constitutiva de las relaciones sexuales voluntarias y consentidas o las violentas y en situación de subordinación.

Aun cuando el imputado se *confundió* de edad, y el Tribunal condenó, no se puede pasar por alto la incoherencia de condenar por abuso sexual con acceso y a la vez decir que las relaciones fueron voluntarias de parte de una niña de doce años.

Conforme se recreara el hecho, el Tribunal tuvo por cierto el acceso carnal del sujeto activo con la menor víctima, en varias ocasiones, y que dichos actos fueron voluntarios por parte de ambos, evidentemente en el marco de una relación sentimental que los mismos no ocultaban ... También se dio crédito a las afirmaciones del imputado en cuanto a su creencia de que la menor tenía al menos doce años de edad, ya que ésta nada dijo al respecto y su apariencia física en cuanto al desarrollo de sus signos sexuales secundarios (al decir de la ginecóloga), así lo podría denunciar, lo llevó al error a (nombre del imputado) en ese aspecto (sentencia 27/1999 CC 2 SR).

En el caso 110/2001 el imputado alega como argumento desincriminante la seducción y provocación de la niña de 12 años, cuestión que finalmente no es atendida por los jueces ante la evidencia de la paternidad del hijo de la víctima quien había quedado embarazada.

Estas explicaciones son posibles porque aunque el tipo penal proteja la integridad sexual, la interpretación (segundo nivel del discurso jurídico) se funda en un imaginario social (tercer nivel) en el que interjuegan la violencia/resistencia que debe existir para que haya abuso sexual. El imputado debe utilizar la violencia, intimidar y vencer la resistencia de la víctima (sentencia 96/1995 CC 2 SR), ésta debe resistirse. Si se paraliza por terror es posible que sostengan que no lo hizo.

4.4) Consideración no solo la edad sino otros estatus de la víctima o cómo juegan los prejuicios.

En otra sentencia (7012/2005 CC GP) los jueces convalidan el supuesto de que la menor de 12 años consintió la relación sexual la que no ocurrió con violencia, y para determinar el tipo penal aplicable (art. 120CP) justifican que el encartado no podía saber a ciencia cierta la edad, máxime si la niña estaba cerca de cumplir los

13 años y que se trata de personas que viven en ámbito rural:

donde predominan las uniones precoces, siendo común el desconocimiento de las edades de cada uno, frecuente el desarrollo engañosos y habitual de las mujeres, un entorno más o menos primitivo del que no surgen pautas claras de conducta, pudo haber existido un error inevitable sobre el punto, que por el beneficio de la duda, ha de discernirse en favor del apuntado (sentencia 7012/2005 CC GP).

Es insostenible pensar que de conocer la verdadera edad y en caso de pedir la partida de nacimiento a la niña, el imputado no iba a acceder sexualmente a su víctima. No se tiene en cuenta que tal como está definido el tipo penal, se protege la libertad y la integridad sexual de las personas para decidir con quien mantener relaciones sexuales, por lo que con este tipo de decisiones se sigue ocultando la responsabilidad de los sujetos activos detrás de estos supuestos errores. Cabe resaltar la diferencia que hacen los jueces entre niñas de un ámbito u otro (urbanas y rurales) para distinguir como lo hacen, lo que constituye una discriminación inaceptable conforme la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

La protección a la integridad sexual brilla por su ausencia ya que la interpretación de los comportamientos sigue radicando en las consideraciones de moral sexual que la ley quiso desterrar.

5) REFLEXIONES FINALES

Como corolario de este trabajo, podemos decir que las imprecisiones y ambigüedades de la ley 25087 y lo que ésta quiere poner en discusión corroboran la idea de que de tanto en tanto se ponen en cuestión las reglas de juego que se utilizan en el campo jurídico, es decir ante ciertos cambios sociales y ante la mayor conciencia de la dignidad y derechos de las personas, es el propio discurso jurídico que se ve interpelado y conmovido por fuerzas externas.

Lleva tiempo y un gran esfuerzo interpretativo hacer que las palabras de la ley se transformen en prácticas aceptadas y legitimadas por los operadores jurídicos. Es importante destacar que pasados varios años de la ley 25.087 se sigue pensando, actuando y sintiendo por parte de los jueces, funcionarios judiciales y operadores jurídicos con los esquemas basados en: la *honestidad*, en la *vestimenta provocativa*²³, en la *hora de la noche* propicia

²³ En la sentencia 6/1999 CC 2 SR se alude a que la víctima del abuso sexual perpetrado en la calle, a la salida de una confitería, vestía una pollera. En la sentencia 13/2003 la víctima que fue agredida sexualmente en el patio de su casa, vestía pantalón joggins. También en la sentencia

para..., *que hacía sola en ese lugar*, y otros por el estilo, que solo denotan el desconocimiento de factores concausales que promueven y facilitan la violencia contra las mujeres, niñas y niños y la comisión de delitos sexuales, los que se hallan firmemente arraigados en la cultura patriarcal como modos legitimados de dominación. También se advierte que a pesar que las sentencias reconstruyan los hechos con el aporte de otras disciplinas; los operadores jurídicos mantienen la representación de la familia, las madres, los niños como tradicionalmente los ha interpelado el derecho, negando los cambios sociales que se han producido y mostrando la asincronía entre el cambio legal y las inercias de las prácticas y rutinas judiciales.

6) BIBLIOGRAFIA

Asúa Batarrita, Adela (2008): “El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito” en Lorenzo Copello, Patricia et al: *Género, Violencia y Derecho*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editores del Puerto. págs.101-136.

Baratta, Alessandro (2000): “El paradigma de género desde la cuestión criminal hacia la cuestión humana” en Ruiz, Alicia E (comp.): *Identidad femenina y discurso jurídico* Buenos Aires: Biblos págs. 99/133.

Bodelón, Encarna (1998): La igualdad y el movimiento de mujeres: propuestas y metodología para el estudio del género disponible en http://ddd.uab.cat/pub/worpaper/1998/hdl_2072_1318/ICPS148.pdf consulta del 25/02/2011

Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther (2000): La Fuerza del Derecho. Bogotá: Siglo del Hombre Uniandes

Cotterrell, Roger (1991): Introducción a la Sociología del Derecho. Barcelona: Ariel Derecho.

De Luca, Javier y Lopez Casariego, Julio (2006): Comentario al Título III al Código Penal Argentino en Binder, Alberto y Zaffaroni, Eugenio Raúl Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

Duarte, Carlos y Martinez, Anna (1995): El Lenguaje Jurídico. Buenos Aires: Editorial A-Z.

Entelman, Ricardo (1982): El Discurso Jurídico. Perspectiva 20/2000CC 2 SR se dan detalles de la vestimenta de una mujer que a las 5,30hs de la mañana estaba levantándose para ir al trabajo cuando fue abordada dentro de su casa por un desconocido que intentó abusar de ella. Pareciera que estos detalles son fundantes para descubrir el delito, dependiendo de qué ropa lleve se mide la intensidad de la vulneración del bien protegido.

Psicoanalítica y otros Abordajes Epistemológicos. Buenos Aires: Hachette.

Entelman, Ricardo (2006): “Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de las palabras” en Marí, Enrique E et al: *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho* Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot págs. 209-220.

Estrich, Susan (2010): “La violencia de lo privado” en Di Corleto, Julieta: *Justicia, género y violencia*. Buenos Aires: Editorial Librería págs.43-56.

Fiss, Owen M: “Qué es el feminismo” en Revista Doxa n° 14 (1993) págs. 319-336 disponible en http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?tipo_busqueda=EJEMPLAR&revista_busqueda=432&clave_busqueda=12405 consulta del 30 de enero de 2012.

Informe sobre Género y Derechos Humanos 2008 del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (2009) Buenos Aires: Editorial Biblos.

Larrauri, Elena (2007): Criminología Crítica y Violencia de Género. Madrid: Trotta.

Larrauri, Elena (2008): Mujeres y Sistema Penal. Violencia Doméstica. Editorial B de f: Buenos Aires- Montevideo:

Pitch, Tamar (2003): Un Derecho Para Dos. Madrid: Trotta

Ruiz, Alicia (2000): “La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres” en Birgin, Haydeé (comp): *El derecho en el Género y el Género en el Derecho*. Buenos Aires: Editorial Biblos: págs. 19-30.

Ruiz, Alicia (2006): “Aspectos ideológicos del discurso jurídico (desde una teoría crítica del derecho)” en Marí, Enrique E et al: *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot págs. 99-140.

Salanueva, Olga y Zaikoski, Daniela (2011): “Sentencias sobre integridad sexual. Primeros avances sobre la investigación” en Actas del XII Congreso Nacional y II Latinoamericano de Sociología Jurídica Santa Rosa 2011.

Zaikoski, Daniela y Salanueva, Olga (2011): “El contexto familiar de las personas abusadas” en Actas en publicados en Actas del XII Congreso Nacional y II Latinoamericano de Sociología Jurídica Santa Rosa 2011 Nacional y II Latinoamericano de Sociología Jurídica Santa Rosa 2011.

Zaikoski, Daniela (2012): “Perfil del victimario de delitos sexuales. Análisis cuantitativo de sentencias penales (La Pampa-

1995-2007) publicado en Actas del XIII Congreso Nacional y III Latinoamericano de Sociología Jurídica Viedma 2012.

FUENTES UTILIZADAS: Sentencias y leyes mencionadas en el cuerpo del artículo.

DIVULGACIÓN
CIENTÍFICO - ACADÉMICA

EL CONTROL EN LA LEGISLACION PAMPEANA

José Carlos MOSLARES¹

El objetivo del presente artículo es realizar un análisis sobre la legislación de la Provincia de La Pampa en materia de control público.

Se lo abordará clasificando los órganos de la Administración que ejercen el control interno y las competencias del Tribunal de Cuentas en su función de control externo.

Asimismo se avanzará sobre el control que ejerce el Poder Legislativo a través del presupuesto y la cuenta de inversión sobre el Poder Ejecutivo.

CONTROL INTERNO

José Ariel Nuñez (2006: 56) lo define como aquel que:

“... representa aquella actividad de supervisión destinada a preservar la regularidad y eficiencia de la gestión de gobierno. Es un autocontrol que los mismos órganos ejecutivos practican para asegurarse el logro de los objetivos propuestos en los distintos planes de realización de obras y servicios, o regulación de la comunidad sujeta a su gobierno, como manera de preservar la legalidad de lo actuado (regularidad de gestión), como asimismo el cumplimiento de las acciones en cantidad, tiempo y forma (oportunidad y conveniencia)”.

La importancia del control interno radica no sólo en el carácter preventivo y correctivo, según corresponda, de su intervención sino que de algún modo replica los criterios fijados por los organismos de control externo para unificar criterios o interpretación de normativa como así también de procedimientos.

1. Profesor de las cátedras Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, y Legislación en la Facultad de Ingeniería ambas de la UNLPAM, Secretario del Tribunal de Cuentas de la Provincia de La Pampa. Email: jmosla@hotmail.com

Ese rol de control interno en nuestra administración provincial la ejercen Contaduría General y Tesorería pero también la Asesoría Letrada de Gobierno y la Fiscalía de Estado. Todos ellos conforme establece la constitución provincial y las leyes específicas que determinan las funciones de cada organismo.

El artículo 106 de la Constitución provincial establece las funciones del Contador General de la Provincia y del Tesorero señalando que el Contador no prestará su conformidad a pago alguno que no cumpla lo establecido con la normativa vigente y el Tesorero no podrá efectuar pago alguno sin autorización del Contador.

La Ley 3 de Contabilidad establece específicamente en su artículo 44 que la Contaduría General de la Provincia es el organismo central de la administración financiera del Estado. Le compete a la Contaduría General la fiscalización y vigilancia de todas las operaciones financieras y patrimoniales del Estado. Tiene a su cargo, administrativamente, el examen de las cuentas de inversión, recaudación y distribución de los caudales, rentas, especies y otras pertenencias de la provincia o confiadas a la responsabilidad del gobierno provincial.

Otro órgano de control interno establecido en la Ley 3 de Contabilidad lo constituye la Tesorería de la Provincia. Así el artículo 60 establece que es la oficina central por donde deben ingresar y egresar, previa intervención de la Contaduría de la Provincia, todos los fondos del Estado, sea en efectivo, valores o títulos, en la forma y tiempo que determine la ley y los decretos reglamentarios sobre el particular. El tesorero no pagará ni dará entrada a dinero o valor alguno sin que previamente haya intervenido o tomado razón la Contaduría General de la Provincia.

En su artículo 64 establece que la Tesorería General no efectuará pago ni transferencia alguna sino en virtud de orden extendida por autoridad competente y de acuerdo con las disposiciones de la presente ley y prescripciones legales y reglamentadas en vigor.

Por otro lado la ley 507, orgánica de la asesoría letrada de Gobierno establece entre las funciones de la misma las de intervenir y dictaminar entre otros casos: interpretación de las normas legales, para su correcta aplicación; legalidad de los proyectos de leyes, reglamentos autónomos o de ejecución de leyes, respecto de la técnica legislativa y redacción propuesta.

Asimismo podrá dictaminar respecto de: a) Las leyes que enviare el Poder Legislativo al Poder Ejecutivo para su promulgación, al solo efecto de la posible formulación de observaciones desde

el punto de vista estrictamente jurídico; b) Proyectos de reforma o derogación de leyes, decretos o resoluciones y al solo efecto de considerar los principios de legitimidad, técnica legislativa y redacción propuesta.

Ahí opera como un verdadero control interno sobre la legalidad de los actos que dicta o interviene el Poder Ejecutivo.

El fiscal estado, es un órgano constitucional quien según establece el artículo 101 de la Constitución Provincial es el encargado de defender el patrimonio del fisco, es parte en todos los juicios que se controviertan intereses de la provincia y también le otorga personería para demandar la nulidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos reglamentos que puedan perjudicar los intereses fiscales de la provincia.

La ley 888, orgánica de la fiscalía de estado, repite lo consignado por la constitución provincial otorgándoles la personería para oponer la inconstitucionalidad de leyes o para demandar la inconstitucionalidad o nulidad de los actos administrativos que le sean denunciados en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley del Tribunal de Cuentas (Pendientes los efectos de un acto dictado en violación a lo dispuesto en el Artículo 7º y comprobado el perjuicio patrimonial al Estado, provenientes de trámites ilegítimos, el Tribunal dará Intervención al Fiscal de Estado para que accione judicialmente su nulidad.).

Lo que genera de algún modo algún cuestionamiento de incompatibilidad de sus funciones es que la constitución provincial en su artículo 101 y el artículo 1º de la ley 888 establecen que es el representante necesario de la Provincia en los juicios contencioso-administrativos y en los que tengan como finalidad la controversia de intereses patrimoniales del Estado, entonces quien debe controlar la legalidad de los actos es quien representa al estado.

Inés Rauek de Yanzón (1990-1991:269) hace referencia a que:

“la figura del Fiscal de Estado defensor del patrimonio e intereses del fisco debe lograr una posición como órgano extrapoder de contralor de toda la Administración centralizada, descentralizada y autárquica; como verdadero veedor de la actividad de los individuos que se desempeñen en la parte administrativa del Estado...debe liberárselo de toda función asesora del Poder Ejecutivo...estas funciones no son compatibles con la función de contralor de la misma actividad del Poder Ejecutivo o de sus organismos, y el ejercicio de unas hará desaparecer la posibilidad del ejercicio de las otras funciones. Es imposible controlar al Ejecutivo y a su vez asumir su defensa”.

El fiscal de estado realiza un verdadero control de legalidad que se efectiviza a la hora de que se le solicita su intervención ya sea en carácter de vista previa o cuando se le solicita un dictamen.

Esta intervención si bien no es vinculante para el funcionario que puede apartarse de lo dictaminado, éste debe fundar jurídicamente su apartamiento de lo señalado por la Fiscalía pero a su vez el Fiscal de estado puede avanzar en la solicitud de nulidad o inconstitucionalidad del acto.

Encontramos en nuestra legislación provincial distintas leyes que le asignan al Fiscal de Estado un rol de control respecto de las actuaciones administrativas así por ejemplo la ley 38 de Obras Publicas que en su artículo 39 establece que el Fiscal de Estado debe expedirse en toda adjudicación de una obra en el marco de la mencionada ley.

Es por ello que existen autores que estudiando el tema y analizando la realidad institucional de nuestro país concluyen que el Fiscal de Estado no debe ser un funcionario dependiente del Poder Ejecutivo sino un funcionario de la Constitución.

CONTROL EXTERNO

El control externo en nuestra provincia está realizado por el Tribunal de Cuentas fue creado por la primera constitución de la provincia y luego dispuesto su funcionamiento por el Decreto Ley 513/69 texto ordenado por Decreto N° 635/89-.

Su misión es fiscalizar la percepción e inversión de las rentas públicas provinciales y las cuentas de las instituciones privadas que reciban subsidios de la Provincia, referidas a la inversión de los mismos.

La importancia del reconocimiento constitucional está dada por la posibilidad de otorgarle por parte del constituyente a los Tribunales independencia institucional por lo que sus funciones de control y jurisdiccional deban ser resguardadas de las arbitrariedades de quien el Tribunal debe controlar. Entonces que mejor que reconocer su funcionamiento e independencia en la misma constitución provincial.

Juan Bautista Alberdi en su obra “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, señalaba “...en vez de dar el despotismo a un hombre, es mejor darlo a la ley. Ya es una mejora el que la severidad sea ejercida por la Constitución y no por la voluntad de un hombre. Dad al Poder Ejecutivo todo el poder posible, pero dádselo por medio de una Constitución”.

Por ello parafraseando a Alberdi podemos decir que todo el control posible al poder pero dádsele en la Constitución.

El Tribunal de Cuentas de la provincia goza de independencia funcional y autarquía financiera. La autonomía funcional del Tribunal se verifica en la posibilidad que tiene el mismo Tribunal de organizarse de manera autónoma a través de sus Resoluciones que dicta.

Las distintas fases del control conforma establece el Decreto Ley 513/69 encontramos el control previo en toda actuación en que los Poderes Públicos y organismos autárquicos o descentralizados proyecten disponer, aprobar, modificar, suspender, rechazar, dejar sin efecto o anular actos administrativos de carácter económico-financiero deberán dar vista al Tribunal de Cuentas. Esta tarea es realizada por Contadores Fiscales.

Estos tienen un plazo de 5 días para conformar o rechazar los trámites de acuerdo a que se ajusten o no a las exigencias legales. Si no se ajustan se elevan al Tribunal quien puede aprobar o desestimar las observaciones del contador fiscal. El las podrá desestimar cuando las observaciones: a) no se ajustaren a derecho; b) el defecto procesal quede saneado con la formalización del acto y c) cuando de las propias actuaciones surja que el defecto se debió a circunstancias que no pudieron preverse o previstas no se pudieron evitar. En este caso será imprescindible que en las actuaciones, se haya acreditado fehacientemente la conveniencia de la medida propuesta.

El titular del poder podrá insistir con la aprobación del trámite observado bajo su exclusiva responsabilidad y mediante resolución fundada. Ello no significa que queda exenta del control sino que es susceptible del control posterior como así también de la indagación de las responsabilidades administrativas y políticas que correspondan.

Si el Tribunal entendiere que en virtud del acto dictado se produjeren un perjuicio al patrimonio del estado se deberá dar intervención al fiscal de estado para que éste accione judicialmente la nulidad del acto dictado.

Existen hoy cuestionamientos respecto de la conveniencia o no del control previo. Se lo cuestiona por entender que éste provoca una dilación en los trámites administrativos. Esto es totalmente falso ya que como establece el Decreto 513/69 esta instancia de control sólo tiene un plazo de 10 días hábiles para expedirse.

Otro de los cuestionamientos que se hace es que se entiende que opera más que como una instancia del control como

una verdadera co-gestión con el Ejecutivo, avanzando sobre las funciones del mismo pero ello no tiene sentido ya que como dijimos más adelante no existe poder sin control y ello es uno de los pilares del sistema republicano de gobierno.

Sin perjuicio de ello, como se expresó, el Decreto ley 513/69 permite que los titulares de los poderes públicos pueden, por resolución fundada formalizar el acto rechazado u observado por el Tribunal o determinar la omisión de vista bajo su exclusiva responsabilidad.

Domingo Sesin (2009:682) afirma que:

“el órgano de control externo previo al no depender del controlado está en mejores condiciones de garantizar la objetividad, la neutralidad política, la imparcialidad y la seguridad jurídica (estabilidad de sus pronunciamientos). La dilación del procedimiento tampoco es un problema. La observación legal se remedia con el retiro, la subsanación, la conversión o la ratificación del acto viciado”

En ocasión del control posterior el Tribunal de Cuentas tiene la función de estudiar y analizar las rendiciones de cuentas de la administración central, organismos autárquicos y/o descentralizados, así como también los subsidios otorgados a entidades privadas, cumpliendo con las etapas establecidas en las normativas legales.

También el Tribunal posee facultades jurisdiccionales ya que a través del juicio de Responsabilidad permite que cuando la actuación de un funcionario o empleado público cause perjuicio al patrimonio provincial o comunal, el Tribunal tendrá competencia exclusiva para justipreciar el monto del daño emergente que surja de las actuaciones y formular cargo a los responsables directos.

Cuando del estudio de rendiciones surgiera el perjuicio indicado en el Tribunal iniciará juicio de responsabilidad al presunto culpable.

Esto se realiza interactuando con la Fiscalía de Investigaciones Administrativas que es quien tiene competencia para investigar las conductas administrativas de los funcionarios y empleados de la administración pública provincial conforme establece el artículo 107 de la Constitución Provincial y la ley orgánica y su reglamentaria de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas.

El juicio de cuentas que realiza el Tribunal de Cuentas es el cargo que se le impone a los responsables de las cuentas por las rendiciones cuyos comprobantes de pago no existieran o fueran ineficaces.

Con respecto a la constitucionalidad de las facultades jurisdiccionales de los órganos administrativos (constitucionales como es el tribunal de Cuentas de La Pampa) la Corte ha resuelto para su validez que:

“Si bien el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos de la Administración desconoce lo dispuesto en los artículos 18 y 109 de la Constitución Nacional, tales principios constitucionales quedan a salvo siempre y cuando los órganos de la Administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad estén aseguradas, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente” (Angel Estrada y Cía. S.A. c/ resol. 71/96 - Sec. Ener. y Puertos (Expte. N° 750- 002119/96). s/ recurso extraordinario.).

Vemos que el juicio de cuentas y el de responsabilidad que lleva adelante el Tribunal de Cuentas de La Pampa cumple los requisitos establecidos por la Corte para la validez y constitucionalidad de sus funciones “jurisdiccionales”.

En primer lugar el Tribunal es creado por la Constitución de La Pampa, donde establece en su artículo las funciones y alcances de su intervención. Sin perjuicio de lo dispuesto por la Ley Orgánica del Tribunal que desarrolla el trámite del juicio de responsabilidad, asegurando las garantías constitucionales del derecho de defensa y el debido proceso adjetivo.

En cuanto a su independencia la misma conforme se encuentra garantizada por el artículo 104 de la Constitución de La Pampa donde se establece como se elegirán los integrantes del Tribunal (el mismo procedimiento que para designar a los jueces) y se les otorga la garantía de la inamovilidad mientras dure el buen desempeño en sus funciones.

En lo referente a los efectos de la sentencia dictada sólo hará cosa juzgada administrativa permitiendo la revisión judicial amplia de la resolución que el tribunal dicte.

El Superior Tribunal de Justicia de La Pampa en los autos “RAUSCH Juan Alberto c/Provincia de La Pampa s/Daños y perjuicios” causa N° 1185/11, sentenciada el día 7 de marzo de 2012 con respecto a los alcances de las sentencias que dicta el Tribunal de Cuentas señaló:

En el sentido que se ha venido indicando, el Tribunal de Cuentas de la Provincia de La Pampa es un tribunal administrativo de

creación constitucional (Const. prov. arts. 103 y 104) que posee una situación jurídico-institucional especial para poder alcanzar su fin de contralor de las rentas públicas provinciales y de las cuentas de las instituciones privadas que reciben subsidios.

En este orden, cabe mencionar que resuelve controversias de derecho sin estar subordinado jerárquicamente a otro organismo dentro de la Administración, sus integrantes gozan de la prerrogativa de la inamovilidad y sólo pueden ser removidos por un Jurado de Enjuiciamiento (art. 104, Const. prov.), las sentencias que dictan gozan de la autoridad de cosa juzgada si no son apeladas o recurridas (art. 33, Decreto Ley N° 513, BO 14/04/89), sus decisiones están rodeadas de las garantías formales de un proceso jurisdiccional (arts. 19 a 22 del mismo ordenamiento) y existe la posibilidad de una revisión judicial posterior a través de una demanda contencioso-administrativa. Ante este contexto y desde la perspectiva doctrinaria desarrollada en párrafos anteriores, no quedan dudas entonces de que el Tribunal de Cuentas es un tribunal administrativo que emite actos jurisdiccionales, respecto de los cuales puede resultar de aplicación la doctrina del error judicial.

En este sentido se pronuncia Cassagne (2002:523) quien expresa que "...el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los órganos del Estado –ya fuere que éstos pertenezcan al Poder Judicial o que sean tribunales administrativos– puede dar también origen a la responsabilidad estatal cuando ocasionen daños a los particulares". Ha argumentado también la Cámara que las sentencias dictadas por el Tribunal de Cuentas no revisten "...el carácter de sentencias pronunciadas dentro de un debido proceso judicial (art. 18 CN) ..." (fs. 296 vta).-Sin embargo, analizando la Ley Orgánica del Tribunal se advierte que en el juicio de responsabilidad, por ejemplo, se asegura el derecho de defensa del responsable, así como la bilateralidad, el derecho a ofrecer y producir prueba y el deber de emitir un acto debidamente motivado, requisitos que cuando no se cumplen constituyen causales de nulidad absoluta. Así, el art. 21 prevé: "El tribunal indagará al responsable y recibirá, en audiencia, la prueba que éste ofrezca, que deberá referirse, exclusivamente, a los hechos que motiven la actuación...", trámite que se limitará exclusivamente, valga aclararlo, a la determinación del monto del perjuicio.

El Superior Tribunal en el fallo citado, hace un análisis donde distingue muy claramente entre actos jurisdiccionales y actos judiciales. Así señala:

“...el adjetivo judicial se debe reservar para los actos dictados por ese poder, cualquiera sea su naturaleza, y el adjetivo jurisdiccional para los actos que reúnen los requisitos sustanciales y formales necesarios para configurarlos como tales, cualquiera sea el poder del cual emanen. Por ello, los actos jurisdiccionales dictados por órganos administrativos son actos jurisdiccionales de la Administración.- Adviértase por último que mientras un acto administrativo firme puede ser modificado por la Administración por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, un acto emanado de un órgano que ejerce funciones jurisdiccionales –si no ha sido apelado– no puede ser revisado ni siquiera por un tribunal de justicia, porque existirá cosa juzgada. La diferencia entre acto firme y cosa juzgada es fundamental”.

Es por ello que ya no puede cuestionarse, siempre analizando lo referente a su competencia, las facultades jurisdiccionales del Tribunal.

Otra de las herramientas de control lo constituyen las auditorías.

La auditoría la podemos definir como aquella actividad profesional que requiere la evidencia para formarse un juicio sobre los estados financieros y dar información confiable exteriorizando su opinión a través de dictámenes.

La auditoría la realiza un órgano externo, lo que garantiza la independencia del auditor, si bien es posterior a la realización del acto su inmediatez con el mismo permite la posibilidad de corregir las desviaciones que se produzcan y se vincula con el principio de la eficiencia en la gestión, verifica la legalidad de los actos sobre los que recae su control y hasta en los casos de las auditorías de tipo operacional verificar la oportunidad y conveniencia de los actos de la administración pública.

El Tribunal de Cuentas mediante Resolución 93 del año 2012 creó en el ámbito del Tribunal el área de Auditoría.

Las auditorías alcanzan a los tres poderes del Estado Provincial, a los Entes Descentralizados y Autárquicos, comisiones de fomento, municipalidades en los casos que se encuentren intervenidas por el gobierno provincial y a las entidades privadas que reciban subsidios del Estado Provincial.

El control financiero que realiza el tribunal de Cuentas a través de las auditorías es un examen estructurado de registros y otras evidencias cuyo propósito es sustentar una evaluación, recomendación con respecto a la consistencia de los sistemas de información contable y al control numérico –legal de los organismos alcanzados por ella.

Las contadoras Roxana Reinaudi y Cecilia Gaita (2012) en su trabajo:

“Auditorías Financieras: una visión superadora” señalan que las auditorías de legalidad pueden dividirse en auditorías financieras y auditorías de cumplimiento.

La auditoría financiera pretende obtener una seguridad razonable acerca de si la contabilidad expresa fielmente el resultado de la gestión y su adecuada realidad patrimonial, de acuerdo con las normas y principios generalmente aceptados.

Las auditorías de cumplimiento tratan de verificar que los actos, operaciones y procedimientos de gestión se han desarrollado de conformidad con las normas disposiciones y directrices que sean de aplicación.”

En la normativa dictada por el Tribunal de Cuentas se establecieron tres tipos de auditorías: la Auditoría General, la Auditoría Federal y la Auditoría Especial.

La Auditoría General está dirigida a determinar el grado de cumplimiento de la normativa vigente relativa a las operaciones financiero-patrimoniales de los organismos provinciales sujetos a auditoría (los tres poderes del Estado Provincial, Entes Descentralizados y Autárquicos, comisiones de fomento, municipalidades en los casos previstos en la segunda parte del artículo 124 de la Constitución de la Provincia y a las entidades privadas que reciban subsidios del Estado Provincial).

Para seleccionar los organismos a ser auditados, se tiene en cuenta la significatividad; que es medida en base al presupuesto asignado a los mismos para el año en curso o en su defecto, el del año anterior, y/o al riesgo percibido en el control posterior realizado por las Salas de Tribunal.

En la Auditoría Especial se incluyen aquellas establecidas por normativa específica. Actualmente, se ejecutan auditorías anuales al Ente Ejecutivo Presa Embalse Casa de Piedra y a la Empresa PAMPETROL SAPEM, y auditorías trimestrales a DAFAS; entre otras (Leyes N° 1687, N° 2225 y N° 808).

La Auditoría Federal tiene como objetivo evaluar la implementación y ejecución de los programas sociales aprobados por los Ministerios de la Nación, que integran la Red Federal de Control Público, de acuerdo a los lineamientos de la Sindicatura General de la Nación –SIGEN-.

Se prevé la posibilidad de ejecutar auditorías de seguimiento de observaciones y recomendaciones, a efectos de determinar si los organismos han adoptado las acciones correctivas indicadas en la auditoría de origen.

Al finalizar el año, cada sector efectúa un análisis comparativo de las auditorías comprendidas en la planificación anual y las que efectivamente fueron ejecutadas.

Los auditores que en la ejecución de una auditoría tomen conocimiento de la posible comisión de un delito, deben comunicarlo en forma inmediata al Tribunal de Cuentas, para que proceda conforme a lo establecido en el artículo 48 del Decreto Ley N° 513/69.

Este tipo de control permite no sólo conocer el grado de cumplimiento de la normativa vigente en lo referente a las operaciones financiero-patrimoniales de los organismos públicos auditados de manera de facilitar y agilizar su rendición posterior ante el mismo Tribunal sino que también permite que en forma simultánea con la auditoría se capacite al auditado respecto de los sistemas renditivos.

Ello implica un enfoque dinámico del control que permite no sólo detectar desvíos o incumplimientos sino también prevenir que los mismos vuelvan a ocurrir.

PRESUPUESTO COMO CONTROL

En el Estado constitucional la relación entre los poderes o entre las distintas funciones del poder son relaciones dinámicas que se ha denominado de contrapesos o de *checks and balances* que no significa otra cosa que la existencia de controles recíprocos entre los poderes del Estado.

El Poder Legislativo es quien tiene de algún modo la potestad primaria de control sobre el Poder Ejecutivo. Ese control lo ejerce de distintas maneras desde un punto de vista político y también de gestión con la facultad que posee de pedir informes al Ejecutivo provincial.

También lo ejerce con la posibilidad que tiene de hacer concurrir a la Cámara a distintos funcionarios del ejecutivo a dar explicaciones.

Así el artículo 68 inciso 8 de la Constitución Provincial establece entre las facultades de la Cámara: “interpelar a los Ministros del Ejecutivo, solicitarles informes escritos... realizar encuestas e investigaciones.”

Pero en el tema que nos ocupa avanzaremos sobre el análisis del control que realiza la Cámara de Diputados a través de la ley de presupuesto.

El presupuesto como “institución” nace después de la Revolución Francesa respetando uno de los principios de la misma el cual es la igualdad aplicado a las cargas tributarias y sobre este

aspecto el de la legalidad fiscal (derivado de la igualdad ante la ley) debe formularse el presupuesto.

El presupuesto constituye un componente fundamental en lo que hace a la marcha de la gestión del Estado y no sólo porque es donde se establecen los fondos con que va a contar cada unidad organizativa para funcionar sino que va a plasmar los gastos que se prevén conforme los ingresos estimados que van a permitir financiar el funcionamiento del estado y los distintos programas y proyectos que se estiman ejecutar.

El presupuesto constituye la planificación sobre la que vamos a poder ejercer un control eficaz sobre la gestión financiera pero también política del Estado.

Por ello se ha afirmado que “El presupuesto fortalece el funcionamiento de la organización institucional y contribuye a delimitar las atribuciones de cada órgano”. Por lo tanto no se trata de un mero instrumento técnico contable (visión propia de la escuela de pensamiento clásico), sino que representa la cuantificación financiera de un programa de gobierno que se sustenta en decisiones de orden político, cuyo objetivo se plasma en atender las demandas que la sociedad requiere al gobierno en un momento determinado.

Por ello, “la gestión pública, apoyada en una dirección eficaz y una responsabilidad definida, encontrará en el presupuesto una herramienta fundamental que actuará como regulador y como índice de relación para juzgar y analizar el cumplimiento del mandato del pueblo al Poder Ejecutivo.” (Reinaudi Roxana y Kathrein Cristian, 2012:75).

La Constitución Nacional en su artículo 75 inciso 8 fija las pautas de cómo debe establecerse el presupuesto en ese sentido establece que: el presupuesto general de gastos y de recursos se debe formular “en base al programa general de gobierno y al plan de obras públicas”.

En tanto la Constitución de La Pampa establece en su artículo 68 inciso 13 entre las facultades de la Cámara: “fijar anualmente, a propuesta del Poder Ejecutivo, el presupuesto general de gastos, en el que deberán figurar todos los servicios ordinarios y extraordinarios de la Administración provincial”.

Este artículo repite prácticamente el viejo artículo 67 inciso 7 de la Constitución Nacional antes de la reforma del año 1994.

Hay dos cuestiones positivas que incorporó la reforma en la Constitución Nacional y no están previstas expresamente en nuestra constitución provincial.

La primera de ellas que el presupuesto debe prever y

contemplar no sólo los gastos sino también el cálculo de los recursos.

En segundo lugar la obligación de que el presupuesto se formule teniendo en cuenta el programa general de gobierno y el plan de inversiones públicas, lo que aplica este precepto de que el presupuesto refleja el plan de gestión que se prevé para ese año y no una simple estimación de los gastos a realizar.

En este sentido Atchabahian señalaba que el presupuesto se transforma en mandato obligatorio al cual debe ajustar su acción los órganos directivos y ejecutivos.

La importancia del presupuesto entonces radica en que al ordenar la gestión del estado desde un punto de vista de planificación de los gastos y los recursos para hacerle frente torna previsible la gestión y facilita el control que deben realizar los organismos con competencia exclusiva para el control como el mismo Estado a través del poder legislativo.

El proceso de formulación del presupuesto presupone también un control del tipo preventivo aún cuando no sea tan visible ya que el Poder Ejecutivo lo propone pero el que lo sanciona, interviniendo activamente en su formulación es el poder legislativo, con lo que le permite participar en la fijación de los planes de gobierno y por ende facilitaría su intervención posterior de control del presupuesto (y de la gestión) al momento de analizar la cuenta de inversión.

Sin perjuicio de que la intervención del Legislativo se encuentra limitada o acotada no sólo porque debe respetar lo establecido en la Constitución Nacional en el artículo 75 inc. 8 sino por la misma Ley de Contabilidad financiera que en su artículo 28 señala que todo incremento del total del presupuesto de gastos previstos en el proyecto del Poder Ejecutivo deberá contar con el financiamiento respectivo.

Para finalizar no podemos dejar de señalar que esta facultad que tienen quienes participan en la formulación y aprobación del presupuesto se encuentra limitada por la misma Constitución nacional.

Así el maestro Bidart Campos (2005:112) señala que:
“cuando el Congreso dicta la ley respectiva, así como cuando se analiza la cuenta de inversión (art. 75 inciso 18) debe imperativamente tomarse en consideración la serie de prioridades que implícitamente surgen del contexto integral de la Constitución para lo cual es imprescindible acudir a su sistema axiológico”.

¿Cuales son esos fines? No son otros los dispuestos en el artículo 75 inciso 19 de la Constitución entre los que se destacan: proveer al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía social, a la generación de empleo, al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio.

Una herramienta fundamental para el control que realiza el Poder Legislativo sobre el Poder Ejecutivo lo constituye la cuenta de inversión. Que no es otra cosa que el informe elaborado por el poder Ejecutivo en el cual se expone la situación financiera y patrimonial del estado durante el ejercicio anual del presupuesto correspondiente a ese año.

Atchabahian (1996:763) nos enseña que la cuenta de inversión:

“es el elemento básico para el ejercicio del control parlamentario ulterior. Dicho documento versa, especialmente sobre el cumplimiento de los objetivos fijados en la ley de presupuesto y en las leyes autorizativas de gastos; pero esa información de índole financiera y presupuestaria no es suficiente para ejercer el control crítico en plenitud. Por ello, la cuenta de inversión debe contener toda la información que, de un modo u otro, se relacione con la gestión financiera y con la gestión patrimonial desplegadas por el Poder Ejecutivo durante el ejercicio.”.

Así la Constitución provincial establece en su artículo 81 que el Gobernador en su carácter de jefe de la Administración provincial debe:...presentar a la Cámara de diputados antes del treinta de septiembre de cada año, el proyecto de presupuesto para el ejercicio siguiente y la cuenta de inversión del ejercicio anterior.

Diaz Ricci (2010, tomo 3:462) señala que:

“La cuenta de inversión se ha convertido en el instrumento de control financiero, patrimonial y de gestión de la actividad de la Administración más allá de lo estrictamente presupuestario. El control financiero se ocupa de la ejecución del presupuesto, del movimiento de ingresos y gastos; el control patrimonial fiscaliza las modificaciones del activo y pasivo estatal (inventario y valor de los bienes) y el control operativo o de gestión va más allá, pues se ocupa de verificar el grado de cumplimiento de los objetivos fijados y en función de ello de la correcta eficacia y eficiencia en el manejo de los fondos públicos.”

La Ley 3 de Contabilidad de la Provincia establece en su artículo 41°.- La Contaduría General cerrará sus libros en la fecha indicada en el artículo anterior y preparará la cuenta de inversión conteniendo:

- a) Los recursos calculados, por cada concepto y lo que se

hubiese recaudado;

b) Lo autorizado por cada crédito del Presupuesto y sus modificaciones, lo comprometido con cargo a los mismos (Imputación definitiva) y lo incluido en orden de pago;

c) El saldo de deuda flotante del ejercicio a que se refiere el artículo 40, discriminado en grandes rubros;

d) El saldo de deuda flotante correspondiente a ejercicios anteriores, discriminado en grandes rubros;

e) El resultado financiero y económico de la ejecución presupuestaria;

f) Un análisis técnico sobre la ejecución presupuestaria y cuadros comparativos de la evolución sufrida en los últimos años en los grandes rubros y resultados;

g) Las existencias de fondos en Tesorería General y entes descentralizados; y

h) Un informe sintético sobre las variaciones patrimoniales producidas durante el ejercicio como resultado de la ejecución del presupuesto general y por otras causas.

La Contaduría General de la Provincia dictará las normas y modelo para la preparación de la Cuenta de inversión.

Luego de realizada la misma el artículo 42 establece que: “La Cuenta de inversión del ejercicio será remitida por la Contaduría General de la Provincia, por conducto del Ministerio de Hacienda y Finanzas, al Tribunal de Cuentas antes del 31 de mayo siguiente, para que adjunte un estado de rendiciones de cuentas de los responsables, un compendio de las observaciones formuladas durante el ejercicio y toda otra información que estime conveniente sobre su gestión”.

La Cuenta de inversión del ejercicio será devuelta al ministerio de origen antes del 31 de julio, para su elevación al Poder Ejecutivo a efectos de cumplimentar lo dispuesto por el artículo 81, inciso 6) de la Constitución de la Provincia.

Por último el artículo 43° establece que “Las cuentas de inversión presentadas por el Poder Ejecutivo respecto de las cuales no se hubiere pronunciado la Honorable Legislatura dentro de los dos años posteriores a su presentación, se considerarán aprobadas.”

Este artículo podríamos tacharlo de inconstitucional ya que el artículo 82 de la Constitución nacional prohíbe la sanción ficta de leyes.

Sin embargo la práctica legislativa de la provincia indica que la cuenta de inversión ha sido siempre aprobada dentro del plazo establecido en la Constitución Nacional no ocurriendo lo

mismo con la cuenta de inversión nacional.

El porqué de la importancia de la Cuenta inversión está dado como señala el Dr. Roberto Dromi (1997:168)

“se trata de controlar lo realizado con el patrimonio con la economía, con las finanzas y con la administración, fiscalizar la legalidad, el Estado de Derecho y las normas que se han aplicado; implica hacer un cotejo de la gestión, con la oportunidad, cotejo que es global, integral, no solamente de un aspecto legal o de oportunidad sino también sobre la buena marcha de la administración en los aspectos técnicos, financieros o contables puntualmente”.

AVANCEMOS HACIA UN CONTROL CONTRIBUTIVO

No podemos ni debemos concebir al control en una actividad pasiva de constatación de actos irregulares ya que ello bastardea la noción de control y lo vuelve a todas luces, ineficaz.

El control debe ser contributivo y para que sea así debe influir y así hacerlo de manera preventiva, correctiva y formativa no con el fin único de detectar irregularidades y sancionar.

Podemos avanzar que en el control se realice simultáneamente una tarea de capacitación, esto ocurre muy claramente con las auditorias donde representantes del controlante verifican en el organismo controlado la documentación respaldatoria de las operaciones que se rinden y pueden sugerir y aportar soluciones que impliquen correcciones de las deficiencias o errores que se pudieren detectar.

Esto implica una mejora real, palpable en los sistemas renditivos que implican una optimización del recurso humano, una mejora en la prestación del servicio público ya que al agilizarse los trámites administrativos se disminuyan los plazos de los mismos y su innecesaria dilación.

En algún momento deberíamos poder medir o cuantificar el tiempo o la hora hombre que se dedica a dar respuesta a un pedido de informes o antecedentes que se realice en el ámbito del control y verificar que si capacitamos al cuentadante, si los órganos de control instrumentamos herramientas que transparenten y unifiquen los criterios y normativas aplicables veremos que el control represivo se convierte en un control contributivo y que los tiempos de análisis y estudio de los trámites administrativos se reduciría notablemente.

Ello se logra con la utilización de herramientas como por ejemplo la página web que permiten mantener actualizados a los cuentadantes respecto de la normativa dictada por los órganos de control y a la vez sistematizar todo lo referente a los trámites a realizar ante los órganos de control.

También constituye una herramienta necesaria la recopilación de la legislación vigente en materia de control a través de la figura del Digesto jurídico que se actualice de manera permanente.

Ahora cabe formularlos las siguientes preguntas: ¿el control: a qué debe apuntar?

¿A la sanción del infractor?

¿A verificar si se cumplen o no las funciones planteadas en el presupuesto?

El sistema de control imperante en nuestro país y en nuestra provincia apunta fundamentalmente a establecer la responsabilidad jurídica del infractor y no se ocupa de analizar si las acciones u omisiones de los funcionarios daban cumplimiento de los planes de gobierno o si los incumplimientos detectados fueron corregidos posteriormente.

Hoy debemos poder plantearnos avanzar en el marco de un control que trascienda los criterios legales y contables y así poder aplicar un control multidisciplinario que necesariamente lo va a tornar más eficaz atento la complejidad y especificidad que adquiere en la actualidad la actividad estatal.

Apliquemos al corrupto toda la fuerza del control y de las responsabilidades penales y administrativas que le quepan pero también castigemos al ineficaz o incompetente.

¿Cuál es el desafío que tienen los organismos de control? Crear en los funcionarios públicos y en los agentes de la administración la conciencia y el convencimiento que su obrar debe ser recto y honesto no por las consecuencias que su incumplimiento ni las sanciones que le acarree sino porque no es nada más ni nada menos que un servidor público.

BIBLIOGRAFÍA

Alberdi, Juan Bautista (fuente: <http://www.hacer.org/pdf/Bases.pdf>) *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*.

Atchabahian *Régimen Jurídico de la gestión y del control en la hacienda pública*, Editorial Desalma.

Bidart Campos, German (2005) *Manual de la Constitución reformada* Tº III, Ed. Ediar, pág 112.

Cassagne, Juan Carlos (2002., *Derecho Administrativo*. Abeledo Perrot, séptima edición, Buenos Aires.

Diaz Ricci, Sergio. *Constitución de la Nación Argentina. Análisis Doctrinario y jurisprudencial*. Tomo 3. Ed. Hammurabi.

Dromi, Roberto (1997). *Presupuesto y cuenta de inversión, Instrumentos de gobierno y control*. Editorial Ediciones Ciudad.

Núñez José Ariel (2006) *Manual de Auditoría Gubernamental* Ediciones RAP Buenos Aires

Rauk de Yanzón, Ines Beatriz (1990-1991) “La Fiscalía de Estado en las Constituciones Provinciales de Argentina”. En *Derecho público provincial* Mendoza, Ed. Depalma.

Reinaudi, Roxana y Gaita, Cecilia “Auditorías Financieras: una visión superadora” ponencia presentada en las XXII Jornadas de Actualización Doctrinaria del Secretariado Permanente de Tribunales de Cuenta de la República Argentina, realizadas los días 25, 26 y 27 de Septiembre de 2012 en la provincia de Salta.

Reinaudi Roxana y Kathrein Cristian “La cuenta de inversión” Revista del Centro de Gestión Pública y Responsabilidad” Número 1. Año 2012. Versión digital.

Sesin, Domingo “Cuestiones de Control de la Administración Pública”. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, publicada por Ediciones RAP, pág. 682

LA AUTONOMÍA MUNICIPAL EN LA PROVINCIA DE LA PAMPA: ALCANCES, PROBLEMAS, CONDICIONES, LIMITACIONES Y PROPUESTA

Rodrigo Emanuel DRAEGER¹

RESUMEN

Las reformas de la Constitución de la provincia de La Pampa en el año 1994 y de la Ley Orgánica de Municipalidades y Comisiones de Fomento del mismo año han puesto nuevos instrumentos jurídicos en manos de las Municipalidades. Al día de hoy, nos encontramos con la situación de que han hecho un uso casi nulo de estas facultades a pesar de haber transcurrido una década y media, aún con distintas líneas políticas en la conducción de los diferentes y variados Municipios.

Dado este escenario, intentaremos averiguar las causas que han llevado a los Municipios a tomar esta decisión de mantenerse pasivos. Realizaremos un análisis del derecho comparado municipal con su consecuente paralelo con la normativa local. Luego, haremos un análisis de la interpretación del derecho local, brindaremos una propuesta distinta y más abarcativa, y expondremos las limitaciones de la propuesta presentada. Finalmente, ofreceremos una conclusión de lo investigado.

PRESENTACIÓN

Las reformas de la Constitución de la provincia de La Pampa en el año 1994 y de la Ley Orgánica de Municipalidades y Comisiones de Fomento del mismo año han instrumentado nuevas herramientas jurídicas en manos de las Municipalidades. Al día de hoy, nos encontramos con que han hecho un uso casi nulo de estas facultades, a pesar de haber transcurrido casi dos décadas.

Dado este escenario, intentamos averiguar las causas que han llevado a los Municipios a tomar esta decisión de mantenerse

¹ Estudiante de abogacía de la UNLPam. E-Mail: rodrigodraeger@hotmail.com

pasivos. Realizamos un análisis del derecho comparado municipal con su consecuente paralelo con la normativa local. Luego, analizamos la interpretación del derecho local, para brindar una propuesta distinta y más abarcativa, y para exponer las limitaciones de la propuesta presentada. Finalmente, ofrecemos una conclusión de lo investigado.

Presentamos nuestro postulado acerca del alcance de la autonomía municipal en la provincia de La Pampa. Del análisis de los textos históricos, fuente directa de los artículos actuales de la CP y la LOM, surge, a nuestro entender, claramente la facultad de los Municipios de dictarse sus Cartas Orgánicas, es decir, se les reconoce una autonomía plena.

Esta posibilidad no viola de manera alguna el artículo 115 de la CP, de donde, precisamente, se extrae este poder.

Tanto los convencionales como, por su parte, los legisladores tuvieron la voluntad y la intención de concederle a los Municipios el pleno goce de su autonomía en su faz política, administrativa, económica, financiera e institucional.

PROBLEMA

Luego de la Reforma de la Constitución de la Provincia de La Pampa, en el año 1994, era de esperarse que el régimen municipal sufriera una transformación a favor de las Municipalidades y sus autonomías respecto de la Provincia y la Nación. Esta expectativa, aunque plasmada en la Ley 1523 con los puntos de la Constitución a debatir y modificar, quedó traducida en un tibio cambio de contenido de los artículos y persiguiendo igual fin que las redacciones anteriores.

Por lo expuesto, esta ponencia investigará el porqué de la situación de pasividad de los Municipios, y tratará de ofrecer una postura alternativa para el ejercicio de la autonomía municipal, que pensamos que puede ser superadora de la actual. Creemos que es posible hacer una interpretación correcta que sitúe la autonomía municipal con el auténtico alcance que el legislador ha querido otorgarle.

Para ello, se utilizarán y analizarán una serie de fallos de la Corte Suprema y diarios de sesiones de la Convención Reformadora de 1994 y de la Cámara de Diputados. Con la intención de agilizar la lectura, se han utilizado extractos de ellos, o, simple y directamente, se los ha mencionado en el cuerpo propio de esta ponencia.

ESTADO ACTUAL DE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL EN ARGENTINA

A partir de los fallos “Rivademar, Ángela D. B. Martínez Galván de c. Municipalidad de Rosario” (1989) y “Municipalidad de Rosario c/ Provincia de Santa Fe” (1991), los Municipios son autónomos con el alcance que cada provincia les otorgue (plena o semiplena, autorizando o no a que se dicten sus propias Cartas Orgánicas). No son meros entes autárquicos ya que los Municipios revisten determinadas características, a saber:

- Origen constitucional.
- Existencia de una base sociológica constituida por la población del municipio.
- Imposibilidad de su supresión o desaparición, dado que la Constitución asegura su existencia.
- El carácter de legislación local de las ordenanzas municipales.
- El carácter de personas jurídicas de derecho público y de carácter necesario de los municipios (art. 33, Cód. Civil, y especialmente la distinción hecha en el texto originario de Vélez Sársfield).
- El alcance de sus resoluciones, que comprende a todos los habitantes de su circunscripción territorial.
- La posibilidad de creación de entidades autárquicas en los municipios.
- La elección popular de sus autoridades.

Conforme el art. 5 de la Constitución Nacional, las leyes provinciales no solo no pueden omitir establecer un régimen municipal, sino que tampoco pueden privar a las Municipalidades de las atribuciones mínimas necesarias para el desempeño de su cometido.

El alcance y límites de las facultades municipales surgen de la Constitución Nacional y provincial, y las leyes provinciales, cuya correlación, interdependencia y conformidad entre sí, no incumbe decidir a la Nación, en tanto ellas no violen los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional, las leyes de la Nación o los tratados con las potencias extranjeras (art. 31, Constitución Nacional).

La Constitución Nacional se limita a ordenar el establecimiento del régimen municipal, como requisito esencial para la efectividad de la autonomía de las provincias (art. 5), pero

no les ha prefijado un sistema económico-financiero al cual deban ajustar la organización municipal, cuestión que se encuentra dentro de la órbita de las facultades propias locales conforme a los arts. 104, 105 y 106 de la Constitución.

En ese sentido la Constitución Nacional ha receptado la Jurisprudencia de la Corte Suprema en la Reforma Constitucional de 1994 en el artículo 123: “Cada provincia dicta su propia Constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5 asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”.

Otros fallos como “Municipalidad de La Plata s/ inconstitucionalidad del decreto-ley 9111” (2002), “Cadegua S.A. c/ Municipalidad de Junín. Tercero: Sociedad Belgrano para la Protección de la Niñez s/ Demanda contencioso administrativa” (2004) y “Ponce, Carlos Alberto c/ San Luis, Provincia de s/ acción declarativa de certeza” (2004) también han contribuido a delinear en perfiles y alcances de la autonomía municipal.

En resumidas palabras, la actual doctrina de la Corte Suprema, al realizar una interpretación de los artículos 5 y 123 de la Constitución Nacional, postula que las provincias están obligadas a establecer un régimen municipal para sus Municipios, asegurándoles su autonomía en el orden político, administrativo, institucional, económico y financiero. Cada provincia, a su vez, define los límites y alcances de ella, pero una vez instaurada esa esfera, no podría intrometerse ni restringirla de manera alguna, so pena de inconstitucionalidad.

En cuanto a los alcances de las autonomías de las que habla el artículo 123, podemos señalar que institucional, supone la posibilidad del dictado por parte del Municipio de su propia carta orgánica; político, entraña la base popular, electiva y democrática de la organización y gobierno municipal; administrativo, importa la posibilidad de la prestación de los servicios públicos y demás actos de administración local, sin interferencia alguna de autoridad de otro orden de gobierno; y económico-financiero, comprende la libre creación, recaudación e inversión de las rentas para satisfacer los gastos del gobierno propio y satisfacer sus fines, que no son otros que el bien común de la sociedad local.

DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL COMPARADO

En principio, diremos que hay una división entre provincias que optaron por asignar una autonomía plena y otras que decidieron una autonomía semiplena.

1. Autonomía plena: Catamarca, Córdoba, Corrientes, Chaco, Chubut, Entre Ríos, Formosa, Jujuy, La Rioja, Misiones, Neuquén, Río Negro, Salta, San Juan, San Luis, Santa Cruz, Santiago del Estero y Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.
2. Autonomía semiplena: Buenos Aires, Mendoza, Santa Fe, Tucumán y La Pampa (conforme la doctrina mayoritaria actual).

Algunas provincias que consagran la autonomía de las municipalidades tienden a enunciar que estas gozan de los cinco caracteres de autonomía (administrativa, económica, financiera, política e institucional), determinando cuáles municipios pueden dictar sus cartas orgánicas –dando a entender una suerte de autonomía institucional atenuada para aquellos que no pueden ejercer esta potestad–.

Otras provincias enuncian que todas las municipalidades gozan de autonomía municipal administrativa, económica y financiera en principio, y le asigna autonomía institucional a quiénes dicten sus cartas orgánicas. La tercera variante existente en las legislaciones es idéntica a la anterior, con el agregado de la autonomía política al grupo primero de autonomías generales.

Contrariamente, aquellas que designan una autonomía semiplena para sus municipios no mencionan siquiera el carácter autónomo de los municipios, y directamente ordenan cómo serán, sus atribuciones y deberes. Luego se demostrará que solamente la provincia de La Pampa se diferencia en este aspecto.

Hay una coincidencia generalizada con respecto al carácter esencial de “Municipio” como condición para poder dictar su carta orgánica, aunque cada provincia tiene sus particularidades. Justamente, unas realizan una clasificación en categorías de municipios (conforme la cantidad de habitantes de las ciudades), clasificación que determina cuáles pueden ejercer su autonomía institucional y cuales no como parámetro más importante, y otras que directamente optan por asignar esta autonomía a todos los municipios sin distinción alguna y con el solo hecho de ser municipio y disponer de la cantidad de habitantes mínimo que el derecho les exige.

La mayoría de las provincias solo facultan a los Municipios a dictar sus cartas orgánicas municipales, pero hay otros casos que las establecen como mandato imperativo. Asimismo, los requisitos para su ejercicio están establecidos taxativamente en la misma Constitución, salvo el único caso de la provincia de Misiones, que

regula el régimen municipal vía Ley Orgánica de Municipalidades. Así también, algunas provincias establecen un mecanismo de compatibilización de las primeras cartas orgánicas con los requisitos constitucionales, comparación que realiza la Legislatura provincial para luego proceder su aprobación. Los requisitos, en general, son por demás similares a lo largo del país, existiendo de todas maneras límites e imposiciones propias de cada región de acuerdo – sobretodo – a las economías locales.

En relación al tipo de gobierno, la gran mayoría asigna como obligatorios el establecimiento de una Departamento Ejecutivo y uno Deliberativo, con funciones, atribuciones y deberes bien separados y definidos. Pero destacamos el caso de la provincia de Córdoba, que otorga discrecionalidad a los Municipios y al legislador para la fijación del tipo de gobierno al momento del dictado de las cartas y la ley respectivamente, con algunos requisitos que la Constitución impone.

Entre la variedad de organizaciones municipales, es importante mencionar que las mismas Constituciones facultan u ordenan -depende el caso- que se conformen Comisiones Vecinales, Juntas Vecinales o análogas en las mismas Cartas Orgánicas. Estas instituciones son por excelencia interesantes y útiles para el afianzamiento de una democracia participativa.

En aquellas Municipalidades donde se hayan dictado una carta orgánica, la Ley Orgánica de Municipalidades no tiene aplicación. Es precisamente subsidiaria para aquellas que no posean Cartas. La única excepción, y a medias, es la provincia de Misiones, ya que precisamente la Ley es la que reconoce la autonomía institucional y fija los parámetros para su dictado, lo que obliga a los municipios con cartas orgánicas a acatarla.

LA AUTONOMÍA MUNICIPAL EN LA PROVINCIA DE LA PAMPA

En La Pampa las normas vigentes surgen de la Constitución Provincial, principalmente de su artículo 115, y de la Ley Orgánica de Municipalidades y Comisiones de Fomento.

El artículo 115 dice:

Todo centro de población superior a quinientos habitantes, o los que siendo de menor número determine la ley en función de su desarrollo y posibilidades económico-financieras, constituye un municipio con autonomía política, administrativa, económica, financiera e institucional, cuyo gobierno será ejercido con independencia de todo otro poder, de conformidad a las prescripciones de esta

Constitución y de la Ley Orgánica.

La ley establecerá el régimen de los centros de población que no constituyan municipios.

Lo que se entiende sobre la autonomía municipal otorgada a los Municipios se deduce de varias fuentes orales y escritas y la práctica de los actuales legisladores pampeanos y las autoridades municipales, las lecciones y publicaciones de doctrinarios y especialistas en Derecho Público en general, y Derecho Provincial y Municipal en concreto, de la prensa escrita, gráfica y audiovisual, etc., en suma, de toda la sociedad en general.

Si bien los Municipios desde el punto de vista constitucional gozan de autonomía política, administrativa, económica, financiera e institucional conforme las atribuciones y deberes que les confieren la CP y la LOM, los legisladores al dictar la LOM le han conferido facultades en tanto y en cuanto no vayan en contra de los que estos tres cuerpos ordenan y/o prohíben.

De la lectura del texto constitucional provincial surge que las Municipalidades no tienen consagrada la potestad para dictarse sus propias Cartas Orgánicas ya que colisionarían con el artículo 115 en cuanto ejercen sus atribuciones “de conformidad a las prescripciones de esta Constitución y de la Ley Orgánica”. Se suma el dato, además, que la LOM no menciona siquiera alguna vez esta facultad a lo largo de su articulado, y que por lo tanto el Convencional Constituyente y el Legislador han optado por no conferir a los Municipios tal posibilidad.

Contrario a esta lógica, dos autores se han pronunciado, aunque tíbicamente, a favor de la posibilidad de que las Municipalidades dicten sus cartas orgánicas.

En nuestra provincia, Ricci, en el prólogo de la Constitución de La Pampa posterior a la Reforma (edición 1996), indicó: “Se acentúa el principio de autonomía municipal, ya vigente en el anterior art. 107, indicándose en el nuevo art. 115 que la misma es:

“..política, administrativa, económica, financiera e institucional...”
(con lo que podrán dictarse Cartas orgánicas, especialmente comprendidas en la mención de la autonomía institucional).

Más tarde, en una obra del 2005, Antonio María Hernández mencionó a La Pampa entre las provincias que facultan a sus Municipios a dictar sus Cartas Orgánicas, amparándose en el mismo artículo, por mencionar la voz de “institucional”.

Ambos autores no hicieron más referencias que esas. En la práctica, al no haber otra explicación o alguna adaptación a la

literalidad de la norma, fueron indirectamente dejados de lado por poco sustento teórico y legal.

REVISIÓN HISTÓRICA Y PROPUESTA DE NUEVA INTERPRETACIÓN

Desde nuestra posición, pretendemos hacer un breve análisis sobre la historia de ambos textos normativos que regula el régimen municipal de La Pampa, para posteriormente esbozar una nueva interpretación de ellos.

Para ello, analizamos los discursos de los Convencionales Constituyentes de la Reforma de 1994 y del Legislador Provincial que sancionó la LOM, para al mismo tiempo integrar los demás cuerpos constitucionales provinciales argentinos.

Partiendo desde las fuentes, es aconsejable empezar por analizar lo discutido el 30 de Septiembre de 1994, en la 10ª Reunión - 8º Sesión Ordinaria de la Honorable Convención Constituyente, Reformadora de la Constitución de la Provincia de La Pampa. En ella, el miembro informante de la mayoría comenzó defendiendo el nuevo artículo que se pretendía sancionar, considerándolo como superador del reformado. Citó a las legislaciones de Buenos Aires y Mendoza como similares al dictamen y llama a aprobar el dictamen. Posteriormente, los siguientes convencionales procedieron defender sus dictámenes de minoría y criticaron el de la mayoría por no contemplar ni prever de manera clara la facultad de los Municipios de dictar sus Cartas Orgánicas. Es allí, cuando distintos convencionales del PJ defendieron su postura y aclararon que su dictamen permite esa posibilidad –ya que la redacción no la cercena-, e incluso la justificaron afirmando que es el menos limitativo para los Municipios, al momento de ejercer este derecho, y que por tanto sería el más favorable para garantizar una mayor autonomía municipal en sus cinco órdenes. Concluyeron afirmando que la LOM es una norma de procedimiento de segundo grado, que carecerá de aplicación en aquellos Municipios que dicten sus Cartas Orgánicas, y se comprometieron a dejar expreso en la LOM a dictar la facultad institucional de las Municipalidades.

Tres meses más tarde, el 15 de Diciembre de 1994, se realizó el debate legislativo para la actualización de la Ley Orgánica de Municipalidades y Comisiones de Fomento en la 33ª Reunión - 30ª Sesión Ordinaria. En ella sucedió una lógica similar al debate para la Reforma de la CP. El PJ defendió su dictamen que, a continuación, solo recibió críticas en algunos artículos específicos vinculados principalmente a la ausencia de una redacción expresa

sobre la facultad de los Municipios de dictar sus Cartas Orgánicas. Con los mismos argumentos, el PJ defendió su dictamen alegando que la nueva redacción de la norma no prohibía esta posibilidad, y se negaron absolutamente a incorporar de manera expresa esa potestad. Sobre todo la discusión se polarizó con el diputado Telleriarte (Convocatoria Independiente), quién, además de leer públicamente las declaraciones de los convencionales del PJ en el debate de la Convención provincial constituyente –varios de ellos actuando como diputados en esa ocasión-, insistió una y otra vez por dejar asentadas las manifestaciones de los convencionales del PJ. De todas maneras, y como se sabe, no logró su cometido, y únicamente la facultad de los Municipios quedó asentada en los diarios de sesiones, nuevamente.

Por otro lado, es destacable exponer que en ninguna de las cuatro Reformas que tuvo la LOM 1597 se volvió a mencionar en sus debates legislativos el tema de la autonomía municipal, ni mucho menos de las Cartas Orgánicas. Las leyes son la Ley 2051 de 2003, la Ley 2104 de 2004 y las leyes 2209 y 2231, ambas de 2005.

Previo a realizar una interpretación de las fuentes mencionadas es preciso decir unas palabras sobre el método interpretativo correcto para tal fin. Así, la interpretación histórica resulta ser la más acertada como mecanismo para desentrañar el verdadero y correcto significado de los textos. Por el método histórico se pretende interpretar la norma recurriendo a sus antecedentes, como las ideas de sus autores al concebir o elaborar los proyectos, los motivos que propiciaron la redacción y emisión de la ley, informes, debates, etc.

Claude Du Pasquier (1994) explica que este método consiste en investigar el estado de espíritu en que se encontraban los autores de la ley; los motivos que los han llevado a legislar y cómo se han representado la futura aplicación de los textos elaborados. A este efecto, se examinan los primeros proyectos de la ley que se trata y se les compara con el texto definitivo para saber en qué sentido el poder legislativo ha precisado o transformado su pensamiento. Son así estudiados las exposiciones de motivos, los mensajes del poder ejecutivo, las cartas e informes de las comisiones encargadas, debates plenarios y todo aquello que ha precedido a la aplicación de la ley.

Karl Larenz, (1980) por su parte, afirma que este método debe tenerse en cuenta para averiguar el sentido de la ley normativamente decisivo y, sobre todo, la intención reguladora del legislador y las decisiones valorativas por él encontradas, así, para conseguir

manifiestamente esa intención siguen siendo pauta vinculante para el juez, incluso cuando acomoda la ley a nuevas circunstancias no previstas por el legislador, o cuando la complementa.

No ha quedado escrita en la LOM, como bien sostiene la doctrina actual, la expresión Carta Orgánica ni análoga alguna. Pero aquí explica el Convencional que ha optado esta redacción para ser más generoso y amplio, y con la intención de limitar en lo menos posible al eventual Convencional Municipal en el ejercicio de su autonomía institucional. A tal punto llegó esta situación en el debate, que la discusión giró en torno a buscar el dictamen menos limitativo de los poderes municipales que se asignaban con la autonomía en los cinco órdenes. Siempre se dejó claro que la decisión del dictado de tales cuerpos es exclusiva de cada Municipio, por lo que no hay imposición alguna por parte de la Provincia.

Asimismo, esta facultad no lesiona la literalidad de la norma, ya que la LOM fue entendida como una norma de procedimiento de segundo grado, subsidiaria en su aplicación en los municipios que se den sus Cartas Orgánicas. Aun así, si se encontrasen normas imperativas o de orden público en la LOM actual, los Municipios deberían acatarlas sin por ello constituir una anomalía respecto de nuestro postulado. Esto, porque el artículo permite esta posibilidad conforme su redacción y, asimismo, al observar el derecho comparado, la provincia de Misiones le otorga autonomía a sus municipios, aparte de fijarles limitaciones, vía LOM provincial.

Con ánimo de reforzar el argumento de Ricci (1996) y Hernández (2003), que se hallan en sintonía con este trabajo, es loable destacar que al comparar los textos constitucionales de todas las provincias, la de La Pampa se asemeja mucho más al del grupo de provincias que consagra una autonomía plena para sus municipios que al reducido grupo que se la niega. Estos últimos se limitan a regular, sin consagrar la fórmula de la autonomía para sus Municipios. La Pampa, en cambio, menciona las cinco esferas de autonomía garantizadas, pero las subordina a las CP y LOM en su redacción. Si nos detenemos en la versión taquigráfica, se puede interpretar además que la voz “con independencia de todo otro poder” quería significar el alcance pleno de la autonomía municipal concedida a los Municipios, afirmado desde el comienzo del debate en el recinto.

CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE NUESTRO POSTULADO

La postura que acabamos de tomar y describir trae importantes

consecuencias. La principal de todas es el reconocimiento pleno de su facultad de dictar Cartas Orgánicas o, en sentido genérico, de hacer uso de la potestad que el 115 de la CP le confiere en referencia a su autonomía institucional.

Si bien lo adelantamos, creemos que el *nomen iuris* de los cuerpos orgánicos que las Municipalidades pueden dictarse debería ser “Cartas Orgánicas”. Esto no es un mero capricho, sino una deducción directa de las fuentes de donde se habilita su dictado. El convencional y el legislador solo utilizaron esta expresión y la repitieron hasta el hartazgo durante todos los debates, por lo que es el único e indefectible nombre habilitado para esos cuerpos.

Con nuestra propuesta interpretativa, los Municipios son considerados autónomos de forma plena. Esto no significa de manera alguna que podrían desconocer la LOM y realizar todo tipo de actos que atenten contra ella, ni mucho menos –ya devendrían en claramente inconstitucionales-. Sostenemos, por el contrario, que solamente las Cartas Orgánicas podrían establecer algo distinto, e incluso contrario, a la LOM. Esta aseveración tiene su sustento en cuanto el Legislador ha establecido a la LOM como una norma de procedimiento de segundo grado, subsidiaria para aquellos Municipios sin Cartas Orgánicas dictadas. Por lo tanto, una Carta Orgánica reemplazaría, como norma aplicable para la Municipalidad que la dicte, a la LOM, y su contenido es indiferente a la LOM, ya que corren por carriles paralelos y distintos. En síntesis, las Cartas Orgánicas de los Municipios deberían respetar las limitaciones que le imponen únicamente la Constitución Nacional y la Constitución Provincial.

Es importantísimo considerar los requisitos y limitaciones que tendrán las Municipalidades al momento de dictar sus Cartas Orgánicas. Omitimos, en primera instancia, traspolar requisitos del Derecho Comparado a la provincia de La Pampa ya que fundamentalmente el espíritu del Convencional pampeano ha sido el de limitar en lo menos posible al eventual Convencional Municipal. Para encontrarlos, por lo tanto, se deben rastrear a lo largo de la Constitución Provincial aquellas normas que se refieran, limiten o faculden en alguna manera, a las Municipalidades, y sin olvidar la ausencia de creación de derecho concreta que los ordene y sistematice. De esta búsqueda, surgen claramente como ejes a tener en cuenta:

- Artículo 42 (servicios públicos),
- Artículo 49 (régimen electoral idéntico en provincia y municipalidades, en tanto: representación política, características del sufragio, pluripartidismo, sistema

- proporcional),
- Artículo 50 (referéndum y consulta popular vinculante),
 - Artículo 64 (incompatibilidad del cargo de diputado con el de funcionario municipal),
 - Artículo 65 (prohibición al diputado de realizar acuerdos con la Administración Municipal),
 - Artículo 68, inc 1, 4 y 8 (atribuciones de la Cámara de Diputados),
 - Artículo 115 (ya repetido en varias ocasiones en este trabajo)
 - Artículo 116 (coparticipación),
 - Artículo 117 (cuerpo de electores de la municipalidad),
 - Artículo 118 (obligatoriedad de la rama ejecutiva y deliberativa, de la elección directa y de la necesaria adecuación a la ley -electoral- con representación de las minorías en los cuerpos colegiados),
 - Artículo 119 (facultad de la Provincia para intervenir Municipios en ciertos supuestos),
 - Artículo 120 (indemnidad de las autoridades municipales),
 - Artículo 121 (formación del tesoro municipal),
 - Artículo 122 (tierras fiscales),
 - Artículo 123 (atribuciones y deberes, tanto imperativas como facultativas y ampliables),
 - Artículo 124 (administración a cargo del Ejecutivo y aprobación por parte del Legislativo).

Por otro lado, no se contemplan requisitos para ser Convencional, ni menos para el procedimiento para el dictado de las Cartas Orgánicas. Ante esta situación, nos vemos forzados a improvisar una fórmula. Planteamos lo expuesto por el diputado Telleriarte en su intervención para el dictado de la LOM. Creemos que su propuesta, además de ser local, sintetiza los requisitos y pasos que están reglados en el Derecho Comparado argentino.

Así, en el Diario de Sesiones de la reforma de la LOM encontramos:

Las cartas orgánicas de las municipalidades y sus reformas, serán dictadas por una convención municipal, convocada por ordenanza y aprobada por los dos tercios de los miembros del Concejo.

La Convención municipal estará integrada por el doble del número de concejales que será elegida en forma directa y por sistema de representación proporcional, vigente en la Provincia. Sus miembros deberán reunir las mismas condiciones que los concejales y tendrán idénticas incompatibilidades e inhabilidades.

Superados estos obstáculos, mencionaremos ideas, fórmulas y habilitaciones que la Carta Orgánica permite realizar, aún incluso en asuntos que la LOM tenía vedada y/o restringida.

1) Faz política:

- Modificar el número de concejales, sus requisitos, su renovación, la figura del Vice-Intendente, los periodos de sesiones y sus características, las causales de remoción, las inhabilidades e incompatibilidades –siempre que no vayan en contra de las establecidas por la CP-, asunción a los cargos, etc.
- Crear Juntas Vecinales, con decisiones en parte vinculantes para el Concejo.
- Modificar las acciones disciplinarias y de compulsión.
- Procedimiento de creación de Ordenanzas. Mayorías para su aprobación. Penalidades en caso de trasgresión de ellas.
- El juramento puede ser modificado.
- Juicio Político.
- Acefalía.
- Garantizar nuevos derechos, como el del medio ambiente.
- Incorporar mecanismos de democracia semi-directa, tales como el referéndum y el plebiscito.

2) Faz administrativa:

- Prescripción de las acciones para aplicar multas.
- El estatuto del empleado municipal y la creación de organismos descentralizados pueden ser dictados sin la propuesta del P. Ejecutivo.
- Función de los ministros.
- Órganos de Contralor.

3) Faz económica-financiera:

- Establecer modificaciones en el Presupuesto.
- Cambiar el régimen para contraer empréstitos, el de servicios públicos., y el de transmisión, gravamen y expropiación de bienes inmuebles.
- Creación de tributos municipales sin autorización alguna por parte del Poder Ejecutivo.
- Realizar acuerdos o tratados entre los distintos municipios.
- Crear fondos para la atención de personas con problemas de adicciones, o casas u hogares para mujeres golpeadas. Es decir, desarrollar políticas propias, distintas a las del gobierno provincial.

REFLEXIÓN ACERCA DEL LEGISLADOR

Para cerrar este apartado, merece un breve análisis la tarea y la actitud del Legislador. No es nuestra intención solamente realizar una crítica pero hay elementos que no podemos dejar de lado.

El hecho de tratar de redactar pocos artículos y comprimir en ellos mucha información no ha sido para nada beneficioso. Se han creado muchas lagunas en ciertos aspectos que, hasta el día de hoy, persisten innecesariamente por solo el hecho de no tomarse la redacción de un texto constitucional más en serio. No es casualidad que el articulado del régimen municipal pampeano sea uno de los más cortos de los que se puede encontrar en el Derecho Comparado debido a la inclusión de ciertos aspectos directamente en la LOM.

Por otro lado, ya más en el campo de lo teórico, es particularmente llamativa la crítica realizada a las Juntas Vecinales. Los argumentos son un contrasentido a su principal función democratizadora y participativa, lo que hace preguntarnos hasta dónde esconden los valores y posturas las autoridades que mediante el sufragio investimos.

Insinuaremos brevemente la posibilidad de que la actual disyuntiva que trata esta investigación no haya sido una mera consecuencia de malos entendidos y de datos que se los ha llevado el tiempo.

Hay que destacar que el miembro informante del dictamen de mayoría, en la Convención Constituyente, citó primeramente como modelos a las provincias de Buenos Aires y Mendoza, provincias con un régimen semipleno de autonomía municipal. Luego, este miembro no volvió a ejercer su derecho de réplica, que sí utilizaron sus compañeros de fuerza, que con gran oratoria pudieron cambiar la idea que su dictamen propiciaba por otra absolutamente opuesta.

Recordemos que tampoco en la LOM se quiso incluir expresamente, a pesar del compromiso asumido en el Recinto, la facultad de las Municipalidades de dictar las cartas orgánicas, basándose en el mismo argumento de “legislar de la manera menos limitativa para los Municipios”. Llama poderosamente la atención la técnica legislativa empleada, que con un afán “generoso” para con los Municipios, termina por difuminar y hacer difuso el régimen municipal a través de todo el ordenamiento jurídico.

Consideración aparte merece el trabajo del Poder Ejecutivo, que envía el proyecto de LOM sin las adecuaciones concernientes a la autonomía institucional concedida vía CP meses antes. Y, por otro lado, la complicidad del bloque del PJ, con mayoría en la Honorable

Cámara de Diputados, quienes acallaron toda voz de la oposición en su intento de incluir alguna ínfima cláusula que permita identificar, con una simple lectura de alguna de las normas, el alcance de la autonomía real otorgada. La consecuencia actual del fundamento “la redacción no prohíbe que lo hagan” no terminó siendo una exhibición de generosidad no-limitante para con los Municipios, sino, más bien, la excusa perfecta para que, en la práctica, se hayan cercenado a las Municipalidades durante quince años el derecho a darse su propia Carta Orgánica.

CONCLUSIÓN

A nuestro entender, en resumen, del análisis de los textos históricos, fuente directa de los artículos actuales de la CP y la LOM, surge la facultad de los Municipios de dictarse sus Cartas Orgánicas. Esto es, se les reconoce una autonomía plena. Esta posibilidad no viola de manera alguna el artículo 115 de la CP, el que precisamente funda esta facultad. El Convencional provincial ha redactado este artículo, tal como queda expresado por los dichos de todos los miembros de la mayoría que ejercieron su derecho de voz en la Sesión de la Convencional Constituyente, como así también por aquellos que hicieron lo propio en la Legislatura, con el fin de concederle a los Municipios el pleno goce de su autonomía en su faz política, administrativa, económica, financiera e institucional.

Creemos que la posibilidad de que los Municipios dicten sus Cartas Orgánicas, es definitivamente superadora de la situación actual en la que se encuentran nuestras Municipalidades.

El alcance autonómico que el Legislador ha querido otorgarles a nuestras Municipalidades no debe ser ocultado y las facultades que puedan derivarse del ejercicio de la autonomía municipal no deben soslayarse. Se debe informarlas y crear condiciones para que ellas analicen y decidan, sin más limitaciones que la voluntad y conocimiento de sí mismas, si desean hacer uso de la facultad que el artículo 115 de la CP les concede. Si en ese momento la opción se inclina por la negativa, han sido ellas las que maduramente han elegido no ejercer su facultad.

Por otro lado, más que discutir acerca de los alcances que la CP y la LOM le asignan a la autonomía municipal en La Pampa, se debe avanzar y analizar por qué las Municipalidades no han hecho uso de la misma. Como todo proceso social, creemos que existe una multiplicidad de factores que han influido. A saber, las dificultades económica-financieras de los Municipios coyuntural de su pequeño

a mediano tamaño urbanístico-poblacional, la idiosincrasia conservadora del pueblo pampeano, la dependencia política y económica del gobierno provincial -directamente relacionada con la cuestión coparticipativa y la arbitrariedad en la distribución de las ayudas a los municipios afines al gobierno-, la consecuente falta de personal permanente y como asesor especializado en la temática, entre ellos.

BIBLIOGRAFÍA:

Badeni, Gregorio (1995): *Reforma Constitucional e instituciones políticas*. Buenos Aires: Edit. ADHOC.

Cadegua S.A. c/ Municipalidad de Junín. Tercero: Sociedad Belgrano para la Protección de la Niñez s/ Demanda contencioso administrativa (2004).

Constitución de la Provincia de LA PAMPA. Santa Rosa, La Pampa (1996): Gramma Libros, 1994.

Diario de sesiones de la Honorable Convención Provincial / Provincia de La Pampa; Presidencia del señor Presidente de la H. Convención Constituyente, Doctor Luis Alberto Galcerán y del Vicepresidente 1º de la H. Convención Constituyente, Señor Jorge Enrique Thomas; Secretarios Doctor Mariano Alberto Fernández y Contador José Enrique Juan Capello. - Santa Rosa: Honorable Cámara de Diputados (1994). Tomo 1 y 2.

Du Pasquier, Claude (1994): *Introducción al Derecho*. Lima: Editorial Jurídica Portocarrero SRL. 5ª edición.

Hernández, Antonio María (2003): *Derecho municipal. Parte General*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Larenz, Karl (1980): *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona, España: Editorial Ariel. Traducción de la 4ta. edición alemana.

Municipalidad de La Plata s/ inconstitucionalidad del decreto-ley 9111 (2002). Fallos 325:1249.

Municipalidad de Rosario c. Provincia de Santa Fe (1991). Fallos 314:495.

Ponce, Carlos Alberto c/ San Luis, Provincia de s/ acción declarativa de certeza (2005).

Rivademar, Angela D. B. Martínez Galván de c. Municipalidad de

Rosario (1989). Fallos 312:326.

Sosa, Ismael (1957): *Soberanía, autonomía y autarquía*. Revista Jurídica, 2, pp. 58 y 59.

LA FINANCIACIÓN DE LOS PLANES DE NEGOCIOS EN LAS PyMEs

Sergio Ismael DRAQUE¹

Nuestro país posee una altísima tasa de nacimiento de emprendimientos tanto productivos, como comerciales y de servicios. Una de las cuestiones que afectan el futuro desempeño y supervivencia de los mismos es la elección de las mejores alternativas de financiamiento. En este trabajo se analizan las opciones vigentes en la actualidad (operaciones bancarias, factoring, leasing, obligaciones negociables, etc.), desde las más tradicionales a las más novedosas, desde las más simples a las más complejas.

El propósito es brindar a empresarios, emprendedores y profesionales un breve estudio de los canales más adecuados para cada caso. La elección final del mix de financiamiento dependerá de varios factores intra y extra organizacionales.

No se incluyen los instrumentos de financiación del comercio exterior, que serán objeto de otro trabajo.

1) INTRODUCCIÓN

Un aspecto crítico en la concreción de un plan de negocios o un proyecto de inversión es su financiamiento. Es decir, cómo obtener los recursos monetarios necesarios para transformar una idea, volcada en un documento, en una realidad palpable.

El objetivo de este artículo es describir las fuentes de financiación a las cuales puede recurrir una pequeña/mediana empresa (PyME) para obtener los montos requeridos y concretar su visión empresarial.

En el desarrollo del trabajo se realiza también una evaluación crítica sobre cada producto financiero, describiendo sus ventajas y

¹ *Contador Público Nacional (UNLPam). Magister en Administración de Empresas – MBA (Universidad de Belgrano). Docente Regular JPT Cátedras “Introducción a la Administración” y “Dirección General” Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam. Docente Interino Profesor Adjunto Cátedra “Técnicas de Negociación” Facultad de Agronomía de la UNLPam. Jefe de Atención al Cliente del Banco de La Pampa SEM.

desventajas.

CLASIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS

A los efectos de ajustar el término “PyME”, se adopta el criterio de clasificación de empresas que establece la Secretaría de la Pequeña y Mediana Empresa (SEPyME) de la Nación, que las divide en base a las ventas totales anuales en pesos (sin IVA) y al sector de actividad en el cual se desarrollan (Cuadro 1).

Cuadro 1.

Tamaño	Agropecuario	Industria y Minería	Comercio	Servicios	Construcción
Micro empresa	\$610.000	\$1.800.000	\$2.400.000	\$590.000	\$760.000
Pequeña empresa	\$4.100.000	\$10.300.000	\$14.000.000	\$4.300.000	\$4.800.000
Mediana empresa	\$24.100.000	\$82.200.000	\$111.9000.000	\$28.300.000	\$37.700.000

Fuente: Secretaría de la Pequeña y Mediana Empresa de la Nación. Abril de 2013.

CLASIFICACIÓN DE LAS FINANCIACIONES

En este trabajo nos referiremos únicamente a las fuentes de financiación externas, es decir aquellas distintas del aporte de los propietarios, socios o accionistas de las empresas (SASSO, 1997).

Asimismo se excluyen aquellas financiaciones típicas orientadas a líneas de consumo de la banca individuos, como los préstamos personales y las tarjetas de crédito personales. Tampoco se incluyen los instrumentos de financiación del comercio exterior.

A los efectos de la clasificación para el análisis las dividiremos en:

- **Financiamiento evolutivo:** son aquellas líneas destinadas a financiar el denominado Capital de Trabajo o Capital Corriente, que surge por la diferencia entre el Activo Corriente y el Pasivo Corriente. Apunta a financiar el ciclo operativo del ente: comprar-fabricar (si es una industria)-vender-cobrar-pagar-comprar. Su dinámica es de corto plazo, con un alto nivel de revolving (repago).

- Financiamiento para inversión: son aquellas líneas cuyo objetivo apunta a la financiación del Activo Fijo o Activo No Corriente de las empresas. Dentro de esta definición ubicamos a las plantas industriales o instalaciones comerciales, maquinaria, rodados, gastos de investigación y desarrollo, tecnología, etc..Por sus características, y su lento retorno se trata de financiaciones de mediano o largo plazo.

ALGUNOS CONCEPTOS CLAVE

➤ Tasa de interés activa: Es el costo del financiamiento que perciben las entidades que otorgan la financiación. En el caso de los Bancos, la tasa de interés está compuesta por el costo del fondeo o de captación de fondos, más un plus en función del tipo de operación, las garantías que la respalden y la clasificación crediticia del deudor. A su vez podemos encontrar tasas fijas (no prevén su modificación a lo largo del préstamo) y tasas variables (poseen un componente fijo y otro variable).

Al costo financiero generado por la tasa, se deben adicionar otros, como comisiones, seguros, gastos de instrumentación e impuestos. El conjunto de estos costos se incluyen en el denominado Costo Financiero Total (CFT).

➤ Garantía: Las garantías de los préstamos son las fuentes alternativas de cobro que tiene un acreedor. La fuente primaria de repago es el propio flujo de fondos de la empresa, que debe generar los recursos necesarios para la cancelación de la obligación. En caso que esto no se cumpla, el acreedor tiene otra fuente adicional a la cual recurrir para recuperar sus créditos (VILLEGAS, 1998).

Las podemos clasificar en:

- Garantías personales: Son otorgadas por una persona distinta del deudor, que compromete todo su patrimonio en seguridad del cumplimiento de una obligación del deudor. No otorgan un privilegio sobre un determinado bien. Las más tradicionales son la fianza y el aval.

- Garantías reales: La garantía se constituye sobre un determinado bien sobre el que se otorga un derecho real a favor del acreedor, que tiene el derecho de proceder a su ejecución en caso de no verse satisfechas sus acreencias en los plazos establecidos.

Son la hipoteca (bienes inmuebles), la prenda (bienes muebles) y el warrant.

- Cesión de derechos de cobro de flujos futuros en garantía:

En este caso el deudor cede al acreedor el derecho de percibir créditos futuros por ventas realizadas o servicios prestados. Se da, por ejemplo, en el caso de empresas prestadoras de servicios públicos que ceden su recaudación, o empresas constructoras que ceden certificados de obra, entre otros.

➤ Plazo: Define el período de repago de la obligación. A su vez se puede distinguir préstamos de pago único o reembolsable en cuotas (por Sistema Francés, Alemán, Americano, etc.).

Se puede clasificar en:

- Corto plazo: menor a un año.
- Mediano plazo: hasta cinco años.
- Largo plazo: más de cinco años.

➤ Instrumentación de las operaciones: Incluye todos los trámites formales previos al otorgamiento del monto acordado. Por ejemplo, en el caso de las hipotecas, se debe solicitar la intervención de un Escribano Público, quien solicitará los títulos del inmueble, verificará la existencia de gravámenes o limitaciones a su disposición, confeccionará el modelo de escritura, emitirá el testimonio de la escritura y luego la inscribirá en el Registro de la Propiedad Inmueble. Según el caso, varía el plazo y el costo de instrumentación.

2) FINANCIACIÓN DE LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS

EL CRÉDITO PARA EVOLUCIÓN

a) Financiación Bancaria.

La Banca Comercial ha desarrollado productos específicos para el financiamiento evolutivo de las empresas, que se han consolidado y convertido en tradicionales. Entre ellos podemos citar:

1. Crédito acuerdo en cuenta corriente: la cuenta corriente es el instrumento de gestión financiera por excelencia de las empresas. A través de estas cuentas se canaliza todo su flujo operativo: cobros de ventas, depósitos de valores, pagos de mercadería, de sueldos, de impuestos, etc..

Esta financiación consiste en la asignación de un límite crediticio para operar sin la necesidad de contar previamente con los fondos depositados en la cuenta. Se lo conoce tradicionalmente

como “descubierto”.

La fijación del límite crediticio depende del flujo de fondos de la empresa, según las características del sector de actividad y sus necesidades de financiación. Por ejemplo en una empresa comercial o industrial puede tratarse de uno, dos o tres meses de ventas; mientras que en una empresa agropecuaria dependerá de sus necesidades estacionales, según se trate de agrícola o ganadera.

Generalmente se establece un límite crediticio por 180 días. Los intereses se liquidan en forma mensual y se debitan en la cuenta, junto con los demás gastos (Seguro de vida, impuestos, comisiones).

En el caso de personas físicas es un crédito a sola firma (Quirografario), mientras que si el deudor es una persona jurídica usualmente se requiere fianza personal de los directivos de la empresa.

- Ventajas: Sus grandes virtudes son la flexibilidad, una fácil instrumentación, la posibilidad de utilizar o no el crédito en la medida de las necesidades, cancelación anticipada sin costo.

- Desventaja: La principal es su alto costo, ya que generalmente tiene la tasa de interés más alta del mercado.

2. Crédito acuerdo en cuenta corriente con garantía hipotecaria: a diferencia del crédito quirografario (o con garantías personales), aquí se trata de cuentas a las cuales se les asigna un margen crediticio respaldado por una garantía hipotecaria. Si bien la garantía se constituye generalmente por un plazo de 5 a 10 años, el crédito se renueva cada 6 meses.

- Ventajas: A las ventajas señaladas en el punto anterior, se suma el menor costo financiero que le genera su garantización y menor nivel de riesgo para las entidades financieras.

- Desventaja: El costo de la instrumentación, afectado por impuestos, honorarios y tasas.

3. Préstamo a sola firma de pago único (Préstamo Financiero o Préstamo Evolutivo): Es otro de los instrumentos tradicionales de financiación Pyme. Consiste en el otorgamiento de un préstamo, generalmente a 180 días de plazo, con vencimiento único de capital e interés, a sola firma, o con fianza en el caso de las personas jurídicas.

Es práctica usual en muchos casos, la renovación total a parcial del capital al vencimiento de la operación, por lo que si bien es un crédito de corto plazo, usualmente se transforma en una

operación de mediano plazo.

Un tipo especial se da con los préstamos para implantación de cultivos, donde los Bancos otorgan el crédito al momento de las tareas de siembra, produciéndose la cancelación en la post cosecha. En algunos casos existe una garantía consistente en la cesión de un contrato de entrega del cereal u oleaginosa (Forward).

○ Ventajas: Fácil instrumentación y posibilidad de renovación (del capital) total o parcial al vencimiento.

○ Desventajas: También posee un alto costo financiero, aunque menor al descubierto. Asimismo, la recurrencia de la renovación mantenida por un tiempo excesivo, lo transforman en un préstamo de mediano plazo a un costo elevado en comparación con una operación hipotecaria o prendaria.

4. Préstamo a sola firma a corto plazo con cuotas periódicas (mensual, bimensual, etc.): Similar al caso anterior pero con cancelación periódica de capital.

○ Ventajas: Fácil y rápida instrumentación. Garantía quirografaria o personal.

○ Desventajas: Alto costo financiero.

5. Préstamo en cuotas o de pago único de corto plazo con cesión de derechos de cobro: Similar al caso anterior, pero se incorpora una garantía consistente en la cesión de derechos de cobro por parte de la PyME.

○ Ventajas: Menor tasa de interés que en los préstamos a sola firma. Vinculación directa la operación con el ciclo financiero de la empresa

○ Desventajas: Se restringe la libertad sobre la disposición del flujo de fondos de la empresa.

6. Negociación de cheques de pago diferido: esta operatoria consiste en que las Pymes ceden (mediante su endoso) los cheques de pago de pago diferido que reciben de sus clientes por ventas a plazo (inferior a 360 días) a favor de las Entidades Financieras. Éstas aplican una tasa de descuento (y generalmente también una comisión) sobre los valores recibidos.

Esta es una herramienta apreciada por los Bancos, ya que representan una fuente de financiación genuina, con una fuente de repago propia y directa. También es aceptada por las empresas por la agilidad de la operatoria.

Debe señalarse que si bien existe una cesión de los derechos de cobro del título valor, la Pyme mantiene su responsabilidad ante la eventualidad del rechazo del mismo.

○ Ventajas: Fácil instrumentación, rápida conversión en

liquidez de las cuentas a cobrar.

- Desventajas: Pérdida de autonomía financiera de la PyME al ceder los valores recibidos.

7. Tarjetas de crédito agropecuarias: este producto tiene la misma mecánica de funcionamiento de las tarjetas de crédito personales. Se diferencian en un mayor plazo de financiación (Usualmente hasta 360 días) y en una tasa de interés competitiva, de las más bajas del mercado.

Apunta a financiar, principalmente la implantación de cultivos (semillas, agroquímicos, gas oil, etc.). Intervienen en la operatoria los comercios del ramo (semilleras, acopios, agronomías, etc.), quienes cobran sus ventas en corto plazo.

- Ventajas: Financiamiento ágil y de bajo costo.
- Desventajas: Tendencia a sobreendeudamiento.

b) Factoring:

Es una herramienta de financiación evolutiva que se establece mediante un contrato por el cual una entidad financiera o empresa de factoring, se obliga frente a la PyME a adquirirle los créditos que se generen en su operatoria habitual, durante un plazo de tiempo determinado, a cambio de un monto de dinero fijado, y prestar servicios de administración y gestión de cobro.

El elemento distintivo del factoring es precisamente el hecho de realizar las gestiones de cobro de las acreencias.

Debe destacarse también que la entidad financiera tiene la posibilidad de seleccionar los créditos que incorpora, asumiendo el riesgo de incobrabilidad de los mismos.

○ Ventajas: La PyME se desentiende de la gestión de cobranza, con el ahorro administrativo que ello implica, obteniendo una financiación genuina. Es una buena herramienta para las empresas con antecedentes negativos en el sistema financiero, canalizándolo ante empresas de factoring no bancarias.

○ Desventajas: Los costos de la operatoria son más altos que otras alternativas. Al costo financiero puro se deben sumar los gastos de instrumentación (Cesión, Escribanía, notificación).

c) Financiamiento con intervención de Sociedades de Garantía Recíprocas.

Uno de los aspectos más complejos a la hora de analizar el financiamiento de las PyMEs es la garantía de las operaciones de crédito. Los niveles de aforo (porcentaje del valor del bien que se puede financiar, que requieren las instituciones financieras en el caso de operaciones con garantía real reducen sensiblemente el

monto financiable, lo que dificulta el proceso de crédito (PORTO, 2011).

Asimismo, si bien las garantías reales son un instrumento apetecible al momento de evaluar el riesgo de crédito por parte de las entidades financieras, los avatares del proceso de ejecución inciden negativamente en este aspecto.

Los Bancos privilegian las garantías autoliquidables o bien aquellas cuya ejecución es rápida y poco onerosa.

En este sentido, la Ley N° 24.467 estableció el régimen de Sociedades de Garantía Recíproca, como instrumento idóneo para enfrentar estos problemas.

Las Sociedades de Garantía Recíproca tienen por objeto otorgar garantías líquidas a sus socios partícipes (PyMEs) para mejorar sus condiciones de acceso al crédito (entendido este como credibilidad para el cumplimiento de compromisos u obligaciones).

Esta actividad la pueden realizar a través de la emisión de avales financieros (préstamos), técnicos (cumplimiento de contratos) o mercantiles (ante proveedores o anticipo de clientes) y de cualesquiera de los permitidos por el derecho mediante la celebración de Contratos de Garantía Recíproca.

Quiénes integran una SGR:

Las SGR están constituidas por socios partícipes y por socios protectores:

Socios Partícipes: son únicamente los titulares de pequeñas y medianas empresas, sean personas físicas o jurídicas. Tienen como mínimo el 50% de los votos en asamblea, es decir, que su opinión en las decisiones sociales debe ser respetada.

Socios Protectores: pueden ser personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, que realicen aportes al capital social y al Fondo de Riesgo de las SGR. Detentan como máximo el 50% del Capital Social.

Los gobiernos provinciales o municipales pueden ser socios protectores de una SGR en la medida que se lo permitan sus respectivos ordenamientos jurídicos.

Productos de las SGR:

- **Garantías Financieras:** Son aquellas emitidas a favor de un tercero que garantizan el pago de un préstamo otorgado a una PyME.

- **Garantías Comerciales:** Son aquellas emitidas a favor de un tercero que garantizan el cumplimiento de un pago nacido de una transacción comercial.

- **Garantías Técnicas:** Son aquellas que garantizan el

cumplimiento de una obligación de hacer de carácter técnico o profesional.

○ Ventajas: Mejora la capacidad de negociación frente al sistema financiero y grandes clientes o proveedores. Menor costo financiero o alargamiento de plazos para proyectos de inversión. Minimiza para las PyMEs los requerimientos de garantías para la obtención de avales, al ser evaluados en función del conocimiento de la empresa y su proyecto. Menores niveles de aforo en la consideración del valor del bien objeto de garantía real.

○ Desventajas: Criterio prevaleciente en muchas PyMEs de rechazo a la asociatividad. Costos iniciales de ingreso al sistema.

d) Instrumentos de financiación para Pymes a través de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires:

- Negociación de Cheques de Pago Diferido:

Este sistema permite a las Pymes descontar los cheques de pago diferidos (CPD) de terceros o propios negociándolos en la Bolsa.

Existen dos sistemas de negociación:

Sistema Patrocinado: Una empresa grande o PyME es autorizada por la Bolsa para emitir cheques de pago diferido para el pago a proveedores (PyMEs), que luego podrán ser negociados en el mercado de capitales.

Una vez que la empresa está autorizada a cotizar cheques, los envía a la Caja de Valores SA, donde debe presentarse la PyME proveedora para endosarlos a favor de esta para su posterior negociación en el mercado.

Un agente o sociedad de bolsa depositará los fondos resultantes de la negociación realizada por oferta pública, en una cuenta comitente a nombre del beneficiario (la PyME).

La operatoria concluye con el vencimiento del plazo del cheque, momento en que el emisor debe tener los fondos para el pago del valor que tendrá como beneficiario al inversor.

Sistema Avalado: Para negociar CPD de sus clientes o propios las PyMEs deben incorporarse como socio partícipe a una SGR autorizada a cotizar cheques en la Bolsa.

Las PyMEs entregan los cheques a la SGR para que ésta los avale y envíe a la Bolsa para su posterior negociación. Ante cualquier dificultad de cobro del valor, la SGR se transforma en principal pagador abonando el mismo.

El resto del sistema funciona igual que el patrocinado.

- Ventajas: Permite reducir el costo de financiamiento. Se

permite la negociación de cheques propios de las PyMEs. Es una puerta de ingreso al mercado de capitales.

○ Desventajas: Dificil acceso al sistema, especialmente para las PyMEs del interior. Necesidad de un alto nivel de formalización administrativa de la PyME.

EL CRÉDITO PARA INVERSIÓN:

a) Financiación Bancaria:

La financiación bancaria para inversión está compuesta fundamentalmente por líneas de préstamos que ofrecen los bancos oficiales, caracterizadas como operaciones a mediano o largo plazo, y un bajo costo financiero fruto de la aplicación de tasas de interés bonificadas. Generalmente se exige la constitución de garantías reales, en la mayoría de los casos sobre los bienes objeto del proyecto (Plantas industriales, explotaciones agropecuarias, maquinarias, etc.).

Generalmente se incluye también un período de gracia en el pago de capital (no de intereses).

Actualmente los Bancos oficiales o mixtos, poseen una oferta de crediticia con operaciones a un plazo hasta de 10 años y una tasa de interés desde el 6% TNA.

Entre las entidades financieras que ofrecen este tipo de líneas podemos mencionar:

- a. Banco de la Nación Argentina (www.bna.com.ar).
- b. Banco de Inversión y Comercio Exterior- BICE (www.bice.com.ar).
- c. Banco de La Pampa SEM (www.bancodelapampa.com.ar).
- d. Banco de la Provincia de Buenos Aires (www.bapro.com.ar).

○ Ventajas: Sumamente favorables por sus características intrínsecas de tasa, plazo y período de gracia.

○ Desventajas: En algunos casos, proceso de otorgamiento e instrumentación largo y burocrático.

Cabe mencionar también en este punto la denominada “**Línea de Créditos para la Inversión Productiva**”, impulsada por el Gobierno Nacional, e instrumentada mediante la Comunicación “A” 5319 del Banco Central de la República Argentina (BCRA) de Julio de 2012.

Esta línea establece que las entidades financieras más importantes del país junto con aquellas que se desempeñen como agente financiero del Estado (Nacional, provincial o municipal)

deberán destinar, como mínimo, un monto equivalente al 5% del promedio mensual de sus depósitos del sector privado, a la “financiación de proyectos de inversión destinados a la adquisición de bienes de capital y/o construcción de instalaciones necesarias para la producción de bienes y/o servicios y la comercialización de bienes (excluyendo bienes de cambio)”². A su vez la norma establece que el 50% del monto total a otorgarse debe estar destinado a micro, pequeñas y medianas empresas (MiPyMEs).

La tasa establecida será de hasta el 15,01% nominal anual, fija, en pesos y a un plazo no inferior a 36 meses.

○ Ventajas: Tasa interés más baja que otras líneas. Más agilidad en el otorgamiento, siempre que la empresa presente un buen desempeño crediticio anterior.

○ Desventajas: Plazo no tan extenso.

b) Financiación de Organismos Estatales o Paraestatales:

Este tipo de operaciones tienen similares características en cuanto a plazo, tasas y garantías que las mencionadas para los bancos públicos.

Algunos de los organismos que acuerdan estas financiaciones son:

○ Ministerio de Industria de la Nación (www.industria.gov.ar).

○ Ministerio de la Producción de la Provincia de La Pampa (www.produccion.lapampa.gov.ar).

○ Consejo Federal de Inversiones (www.cfired.org.ar).

○ Ventajas: Sumamente favorables por sus características intrínsecas de tasa, plazo y período de gracia. Las financiaciones no están sujetas a las reglamentaciones establecidas por el Banco Central de la República Argentina (BCRA).

○ Desventajas: Proceso de otorgamiento e instrumentación largo y burocrático.

c) Emisión de Obligaciones Negociables (ON):

Los obligaciones negociables (ON) son títulos valores representativos de deuda, emitidos en masa por empresas para financiar proyectos de inversión (PORTO, 2004).

Pueden emitir ON las empresas incluidas en la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550, las cooperativas, asociaciones civiles y entidades financieras.

Los tenedores de ON son los acreedores de la empresa.

En las condiciones de emisión se debe contemplar:

- Plazo: el plazo mínimo es de 30 días, y no existe máximo.

- Moneda: Local o extranjera.
- Garantías: Puede ser hipotecaria, prendaria, quirografaria, con aval de entidades financieras o de Sociedades de Garantía Recíproca.
- Tasa de interés: fija o variable.
- Amortizaciones de capital: parciales o amortización total la final del plazo.
- Colocación: por oferta privada, o pública en mercados de capitales previa autorización de la Comisión Nacional de Valores (CNV).

Las ON que se ofertan públicamente requieren de la opinión por parte de una Sociedad Calificadora de Riesgo, sobre la factibilidad de recupero de sus acreencias por parte de los inversores.

Pueden emitirse ON convertibles, donde el inversor tiene derecho a los beneficios del título más una opción de compra de acciones de la sociedad emisora, que podrá ejercer o no.

La Bolsa de Comercio de Buenos Aires ha establecido un sistema de emisión de ON bajo un régimen simplificado de oferta pública y cotización. El monto máximo de emisión es de \$ 15 millones por empresa y un plazo máximo de 5 años.

○ Ventajas: Menor costo financiero. Permite realizar oferta pública de los títulos. Dispersión de acreedores.

○ Desventajas: En caso de oferta pública requiere que la empresa tenga toda su documentación absolutamente en regla. La calificación de la deuda requiere un importante costo extra.

d) Leasing:

El leasing es un contrato por el cual un dador (Banco, Compañía Financiera, Empresa de Leasing, Vendedor) conviene en transferir al tomador (PyME) la tenencia de un bien para su uso y goce, contra el pago de un canon, confiriéndole una opción de compra, por un determinado precio.

Es una herramienta de financiamiento de inversión ya que los bienes objetos de leasing pueden ser bienes muebles (lo más común), inmuebles (muy poco difundido en la Argentina), marcas, patentes, software, entre otros.

El plazo usual es entre 24 y 48 meses.

El canon posee un componente financiero (Tasa de interés) y otro relacionado con el alquiler del bien.

Existen dos clases de leasing:

Directo u Operativo: En este caso el dador es un fabricante, vendedor o importador del bien objeto del contrato.

Indirecto o Financiero: El dador es una entidad financiera o empresa de leasing.

Operatoria del leasing financiero:

1. El tomador (PyME) elige el bien que necesita.
2. Se contacta con el dador (Entidad financiera o empresa de leasing).
3. El dador evalúa la capacidad de pago de la PyME y emite su acuerdo para la operación.
4. Se firma el contrato. El dador compra a la empresa proveedora el bien elegido y la entrega al tomador, quien contrata un seguro a favor del dador. Comienza a abonar el canon.
5. En un plazo de 60 a 90 días antes de la finalización del período de alquiler, el tomador debe informar al dador su decisión de ejercer o no la opción de compra.
6. En caso de optar por la compra, paga al dador, quien le transfiere la propiedad plena del bien.
7. En caso de no hacer uso de la opción de compra, a la finalización del período de alquiler, el tomador devuelve el bien al dador.

○ Ventajas: La PyME, sin realizar una gran inversión inicial dispone de un bien de uso para su desarrollo, financiando el 100%. Posee además beneficios impositivos ya que se puede deducir el canon en el impuesto a las ganancias, y no tributa impuesto a los bienes personales.

○ Desventajas: El leasing presenta un mayor costo de financiamiento frente a otras alternativas de préstamos con tasa bonificada.

e) Venture Capital:

El Venture Capital (VC) es una alternativa de financiación de nuevos emprendimientos que se ha venido desarrollando en los últimos años a nivel internacional y más recientemente en la Argentina. Se trata de empresas que otorgan financiamiento a proyectos o ideas de negocios, convirtiéndose en socios de los emprendedores.

Apuntan fundamentalmente a compañías con alto potencial de crecimiento en el corto o mediano plazo, que permitan una rápida capitalización e incremento del valor de la empresa.

Una vez obtenido ese aumento de valor, la entidad de VC se retira de la empresa, transfiriendo su participación a los emprendedores o a otro inversor estratégico.

Además de la financiación las entidades de VC brindan a los

emprendedores una red de contactos de negocios y asesoramiento que facilita su desarrollo en el período inicial, y que contribuye enormemente a su consolidación futura.

○ Ventajas: El aporte de capital y vinculaciones por parte de un socio estratégico en el emprendimiento.

○ Desventajas: Se pierden grados de libertad al incorporarse un socio externo a la empresa.

2) **CONSIDERACIONES FINALES:**

En el trabajo se han analizado las diversas alternativas con que cuenta una empresa PyME para obtener el financiamiento de sus planes de negocios, tanto para capital de trabajo como para activo fijo.

Cada una de las opciones presenta ventajas y desventajas. Además de las características propias del instrumento financiero específico, la elección de la mejor opción en cada caso dependerá de diversos factores como, entre otros (CAMPOS, 1994 – GARCIA, 2010):

- Historia y características de la empresa.
- Sector de actividad.
- Ciclo operativo.
- Capacidad de generación de fondos.
- Posibilidad de garantización de las operaciones.
- Fortalezas y debilidades del management.
- Antecedentes de cumplimiento.
- Grado de formalización de la empresa.
- Situación frente al fisco.
- Impacto impositivo.
- Análisis comparativo de los riesgos de cada instrumento.

La evaluación de estas variables por parte de los directivos de la PyME debe conducir a la selección del mejor mix de financiamiento. El asesoramiento profesional debe colaborar en este proceso realizando aportes técnicos relevantes y apropiados en cada caso.

BIBLIOGRAFÍA:

- BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. Comunicación “A” 5319. www.bcra.gov.ar. Abril de 2013.
- CAMPOS, Luis Alberto. (1994): *Decisiones en el Crédito Bancario*. Buenos Aires: Roberto Guido Editor.
- GARCIA, María Alicia. (2010): *Análisis de empresas y Riesgo Crediticio*. Buenos Aires: Osmar D. Buyatti Librería Editorial.

- PORTO, José Miguel. (2004): *Fuentes de Financiación*. Buenos Aires: Osmar D. Buyatti Librería Editorial.
- PORTO, José Miguel. (2011): *Fuentes de Financiación. 2da. Edición*. Buenos Aires: Osmar D. Buyatti Librería Editorial.
- SASSO, Hugo Luis. (1997): *Como Analizar los Estados Contables para el Otorgamiento de Créditos*. Buenos Aires: Ediciones Macchi.
- VILLEGAS, Carlos Gilberto. (1998): *Las Garantías del Crédito - Tomo I y II*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.

HEGEMONÍAS Y SUBORDINACIONES EN EL CAMPO DE LOS DERECHOS CULTURALES. PATRIMONIO CULTURAL, ETNICIDAD Y GÉNERO.

Lucía Carolina COLOMBATO¹

RESUMEN

A partir de la sanción de múltiples normas nacionales y provinciales que regulan la conservación, preservación y defensa del patrimonio cultural –no exentas de profundas críticas- ha sido posible registrar y proteger una serie de bienes y prácticas culturales, que desde los distintos regímenes legales han sido elevados a la categoría de patrimonio cultural de la nación o de las provincias.

Sin embargo, pese a los progresos que permitieron incorporar en ese patrimonio a las producciones culturales materiales y simbólicas de diferentes conjuntos humanos, siguen existiendo grupos hegemónicos (académicos, políticos) que delimitan los bienes culturales que resultan incluidos y excluidos en los diferentes regímenes de protección.

Desde este presente, nos proponemos un replanteamiento de lo patrimonial y su contenido partiendo de una perspectiva interseccional, e interrogando sobre la articulación de las categorías género y etnicidad en la construcción del relato de la ‘identidad nacional’.

¹ Abogada (UNLP, 2000), Especialista en Derecho Civil (UNLP, 2009), Jefe de Trabajos Prácticos en la Cátedra de Derecho Internacional Público y Ayudante de Primera en la Cátedra de Derecho Civil I de la carrera de Abogacía (UNLPam), Becaria de la Maestría de Estudios Sociales y Culturales (UNLPam), Co-directora e investigadora en Proyectos de Investigación, Autora de capítulos de libros, artículos y ponencias vinculados a la temática de derechos culturales y conservación del patrimonio cultural. Correo electrónico: luciacolombato@cpenet.com.
arluciacolombato@hotmail.com

LA IMPORTANCIA DEL PATRIMONIO CULTURAL

La conservación del patrimonio cultural es un tópico que atrajo desde siempre a la sociedad, puesto que los recursos culturales materiales e inmateriales tienen la cualidad de construir identidades y de configurar la memoria colectiva de los pueblos.

Tradicionalmente, se consideraba patrimonio aquel bien cultural, material o inmaterial, al que la sociedad atribuía ciertos valores específicos que—como señala Mireia Viladevall i Guasch (2003: 17)— podrían resumirse en: históricos, estéticos o de uso.

La idea de patrimonio se asociaba a otra noción, la de monumento. Recuerda Josué Lull Peñalba (2005: 185) que, etimológicamente, monumento procede del latín *monere*, que significa recordar, lo que pone de resalto no sólo el valor conmemorativo sino sobre todo el valor documental de los bienes culturales y así, se vincula al patrimonio con la capacidad de reflexión histórica.

La transmisión se constituye en elemento esencial en el contenido del patrimonio, dado que se postula que los objetos culturales reciben y transmiten la herencia cultural de una generación a otra.

Actualmente, a partir del reconocimiento de la relatividad del concepto de patrimonio, se identifica un proceso permanente de ensanchamiento de lo patrimonial que alcanza todo tipo de manifestaciones culturales y que demarca la necesidad de superar las concepciones previas, por otras que piensen al patrimonio como un bien social, dotado de un sentido y un valor social (Viladevall i Guasch, 2003).

Este proceso trae aparejada la incorporación progresiva de nuevas categorías culturales a la idea de patrimonio, que hoy comprende numerosos bienes y prácticas culturales, tales como el patrimonio inmaterial, el patrimonio vivo, el patrimonio artístico, el patrimonio digital, el patrimonio geográfico, que se suman a las categorías clásicas de patrimonio arquitectónico, arqueológico, documental, mueble. De tal modo, los alcances del término patrimonio cultural, están en constante movimiento adquiriendo en el presente aristas impensadas en el pasado.

De allí que postulemos junto a Viladevall i Guasch (2003: 17), que la conservación no es un fin en sí mismo, sino que “debe servir en primera instancia para mejorar la vida de aquéllos que lo han heredado y lo hacen posible día a día con su cotidianidad”.

“El núcleo de cualquier identidad individual o grupal está ligado a un sentido de permanencia (de ser uno mismo, de mismidad) a lo

largo del tiempo y del espacio. Poder recordar y rememorar algo del propio pasado es lo que sostiene la identidad” (Jelin, 2002: 24).

Por su parte, la idea de identidad está atravesada por la noción de cultura, a la que se relaciona indisolublemente.

No pretendo ni puedo desarrollar aquí todo el recorrido que las ciencias sociales han efectuado sobre el concepto de cultura, pero puedo partir de la idea de que la cultura es un repertorio de hechos simbólicos, de significados compartidos y relativamente duraderos, en un determinado contexto espacio-temporal. (Giménez, 2005: 2-5).

La apropiación de esos recursos simbólicos, determina las relaciones entre individuos y grupos, constituyendo en definitiva relaciones de poder que los posicionan en la sociedad. En este punto, resulta útil la distinción clásica de Bourdieu que explica que:

“El capital cultural puede existir en tres formas o estados: en estado *interiorizado* o *incorporado*, esto es, en forma de disposiciones duraderas del organismo; en estado *objetivado*, en forma de bienes culturales, cuadros, libros, diccionarios, instrumentos o máquinas, que son resultado y muestra de disputas intelectuales, de teorías y de sus críticas, y finalmente, en estado *institucionalizado*, una forma de objetivación que debe considerarse aparte porque, como veremos en el caso de los títulos académicos, confiere propiedades enteramente originales al capital cultural que debe garantizar” (Bourdieu, 2000: 136)².

A su vez, esa apropiación de repertorios culturales -de sentido-, interiorizados y objetivados, construye identidades culturales, al desempeñar una función diferenciadora e identificadora.

Así como la memoria colectiva conserva la identidad del grupo en el tiempo, también permea la subjetividad, y a modo de interpelación permite al sujeto construir un sentido de pasado y de pertenencia. Este proceso lo involucra afectiva y emocionalmente, de manera tal que la reflexión sobre el pasado va acompañada de una intención de narrarlo.

En este sentido, se ha sostenido que la memoria es comunicativa, porque en definitiva la memoria es una construcción social narrativa (Jelin, 2002: 35), tendiente a dotar de sentido al pasado individual y colectivo.

“La memoria, entonces, se produce en tanto hay sujetos que comparten una cultura, en tanto hay agentes sociales que intentan ‘materializar’ estos sentidos del pasado en diversos productos culturales que son concebidos como, o que se convierten en,

² Destacado en el original

*vehículos de la memoria*³, tales como libros, museos, monumentos, películas o libros de historia” (Jelin, 2002: 37).

Estos bienes culturales constituyen lo que denominamos patrimonio cultural.

La conservación del patrimonio cultural, se encuentra de este modo indisolublemente ligada a las nociones de memoria e identidad.

En la actualidad, cuando “la sociedad contemporánea ha acelerado de una manera extraordinaria, en relación con otras épocas, el ritmo de producción de objetos gracias al progreso tecnológico y también de generación de desechos y aun el de destrucción de objetos subrepticamente convertidos en obsoletos” (Ballart 1997:37), la preocupación de las distintas sociedades por la conservación del patrimonio ha ido en aumento.

Este fenómeno puede ser analizado desde distintas escalas:

A escala global, los trascendentes desarrollos tecnológicos que se vienen produciendo desde la década del setenta, en particular los del campo de la informática y las telecomunicaciones aceleraron y profundizaron las tendencias globalizantes del capitalismo, favoreciendo su impacto geográfico a nivel mundial (Borón, 1999: 223). Castells (1995: 22), afirma que el proceso transformación histórica al que asistimos, y en el que las nuevas tecnologías de la información y comunicación nacen y se desarrollan, se caracteriza por: a) el surgimiento modelo de organización socio-técnica, al que llama ‘modo de desarrollo informacional’; b) la reestructuración del capitalismo como matriz fundamental de la organización económica e institucional de nuestras sociedades.

A la vez, considerando que la mayoría de la población mundial no dispone de acceso a éstos soportes, se traslada a primer plano el fenómeno de la ‘brecha digital’ (Colectivo Conosur, 2004:91), es decir la distancia tecnológica “entre distintos países y dentro de los países, que depende del poder adquisitivo de los consumidores y del desarrollo de las infraestructuras de comunicación” (Castells, 2010: 90).

Es así que contemporáneamente, las demandas de los grupos tradicionalmente postergados se ven influidas por una serie de factores que Briones identifica como: 1) “la internacionalización de la diversidad como derecho humano y valor” (Briones, 2005:10), 2) “la multiplicación de agencias y arenas vinculadas a la gestión de la diversidad” (Briones, 2005: 11); 3) la posibilidad de que

³ Destacado en el original.

opere una transnacionalización de los movimientos en apariencia particularistas (como los indígenas) que se inscriben ahora en escenarios globales.

Es entonces que “el escenario de la política en las naciones de nuestro continente se ha orientado cada vez más a luchas por recursos y derechos –o, más exactamente, a luchas por derechos a recursos– centradas en la idea de identidad” (Segato, 2010: 14).

En este contexto, señala Briones (2005: 12), operan al menos tres paradojas: 1) el reconocimiento de derechos particulares va de la mano de la conculcación de derechos universales económicos y sociales; 2) se promueve una politización de las identidades en contextos de despolitización de la política; 3) los reconocimientos simbólicos de las agencias multilaterales, rara vez van acompañados de redistribución de recursos.

En el mismo sentido, sostiene Martín-Barbero que:

“Los permanentes homenajes a la diversidad cultural que encontramos hoy, no sólo de parte de los gobiernos y la instituciones públicas internacionales, sino también de organizaciones del ámbito empresarial de las industrias culturales, son inversamente proporcionales a lo que sucede en el plano de las políticas que protegen y estimulan esa diversidad” (Martín-Barbero, 2010: 150).

Desde esta mirada, el fenómeno de la ‘globalización’⁴ puede ser visto como amenaza, por sus efectos homogeneizantes en relación a la cultura, pero también como oportunidad, en tanto moviliza las capacidades de supervivencia de las distintas culturas, estimulando la creatividad expresiva en la narración de sus identidades.

“Es entonces, desde la diversidad cultural de las historias nacionales y los territorios regionales, desde las etnias y otras agrupaciones locales, desde las distintas experiencias y las memorias, desde donde no sólo se resiste sino que se negocia e interactúa con la globalización, y desde donde se acabará por transformarla” (Martín-Barbero, 2008).

4 Diferentes autores han analizado el llamado proceso de globalización en sus diversas dimensiones dando cuenta de la complejidad que este proceso supone. Situándonos en dos extremos claramente explicativos diferenciales: por un lado ubicáramos a Octavio Ianni, quien sostiene que el globalismo constituye una nueva etapa histórica, por lo que centra su análisis en las transformaciones que esta conlleva y su correlato en el campo de las ciencias sociales en tanto ruptura epistemológica. En una posición diametralmente opuesta Atilio Borón rebate los argumentos que dan cuenta de los cambios que caracterizan la etapa actual, ya que la globalización constituye un fenómeno de muy antigua data, una tendencia intrínseca y secular del modo de producción capitalista.

A escala nacional, se atraviesa desde principios de este siglo, lo que Pierre Nora (2008) llama una ‘temporada memorial’, es decir, un período donde alumbró una especial preocupación por la memoria, en particular, la memoria de la última dictadura militar argentina, manifestándose mediante diversas expresiones culturales, conmemoraciones, creación de nuevos museos (como el de la ex - ESMA) y renovación del interés en la conservación del patrimonio cultural. Se vive un presente en el que se incorporan narrativas y relatos diferentes sobre el pasado, antes censurados, lo que permite visibilizar otras memorias. Naturalmente este fenómeno tiene también su impacto en la Provincia de La Pampa, donde desde 2010 se desarrollan los juicios tendientes a investigar y condenar los crímenes cometidos durante la última dictadura militar.

Finalmente, a escala local, este proceso se ha visto profundizado por la celebración de los centenarios de la fundación de los pueblos inmigrantes de La Pampa, es decir, aquellos nacidos con posterioridad a la ‘Conquista’ del territorio indígena. Los Centenarios, se muestran como acontecimientos que desatan la reflexión colectiva sobre el pasado, su presente y aquello que se quiere legar a las generaciones futuras. Ese razonamiento no es otra cosa que la preocupación por su patrimonio cultural y por su transmisión. En este sentido, tienen una vocación paradójicamente conservadora e impugnadora, revalorizan y resignifican las identidades y prácticas culturales hegemónicas tradicionales, a la vez que desnudan aquéllas que han sido invisibilizadas.

Desde este presente, nos proponemos un replanteamiento de lo patrimonial y su contenido desde una perspectiva interseccional, interrogando sobre la articulación de las categorías género y etnicidad en la construcción del relato de la ‘identidad nacional’.

PATRIMONIO E “IDENTIDAD(ES) NACIONAL(ES)”

La complejidad que la noción de patrimonio cultural supone, exige no perder de vista que se trata

“...además (de) un campo en el que se dirimen cuestiones teóricas, éticas y axiológicas, generalmente con un alto contenido ideológico. Y es también un ámbito donde la sociedad opina y decide sobre las formas de selección de aquellos aspectos culturales que merecerían formar parte del denominado ‘patrimonio nacional’” (Lagunas y Ramos, 2007: 123).

Como sostiene Tello (2007: 2)

“El patrimonio cultural toma cuerpo no sólo en la práctica política de una memoria activa, que conserva y protege lo que nos ha sido

heredado, sino que también despliega un *olvido activo*⁵ que segrega elementos de la cultura y la historia al patíbulo de lo inmemorial. Esta operación conjunta de incorporación y segregación es la más básica de las manifestaciones de la política del patrimonio cultural”.

En este sentido, es necesario destacar que existió un avance desde las primeras normas que definieron al patrimonio cultural con criterios de excepcionalidad y valor científico (como la Ley de Yacimientos N°9080 de 1913 y la Ley 12.665 de 1940). De la mano de las ciencias humanas, como la antropología, paulatinamente se produjo un “cambio de concepción respecto de los bienes (...), cuyo valor no está dado ya por su ‘interés científico’ sino por formar parte del patrimonio cultural y contribuir a la formación de la identidad nacional” (Endere, 2000: 51). Éste cambio de criterio se vincula a las nuevas ideas que van surgiendo internacionalmente en la materia, y a la adhesión de la Argentina a normas internacionales como la Convención sobre Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural aprobada por la Conferencia General de la UNESCO en su decimoséptima reunión en París en noviembre de 1972.

En Argentina, con la Reforma Constitucional de 1994, se incorporaron varias normas referidas a la pluralidad cultural, política que acompañaron otros países de América Latina (Briones, 2004: 32). El artículo 75 inc. 17, faculta al Congreso a dictar leyes tendientes a reconocer a los pueblos indígenas argentinos su preexistencia étnica y cultural, el respeto a su identidad, y el derecho a una educación bilingüe e intercultural. El nuevo artículo 75 inc. 19, asigna al congreso la facultad de dictar leyes que den protección a la identidad y pluralidad cultural.

Más allá de los cuestionamientos que la formulación de dichas normas ha generado, así como la técnica constitucional escogida, que no las incorpora junto a las libertades, derechos y garantías sino dentro de las facultades del Congreso, no puede negarse que:

“Esto contribuyó para que se incluyeran a los ‘otros’ (ausentes, estigmatizados, primitivos, entre otras consideraciones) dentro del campo social e histórico, con estatuto humano. De este modo, lo producido, usado, intercambiado (casas, muebles, inmuebles, vestigios, etc.), por estos nuevos actores –individuales o grupales– se transforma en bienes culturales/patrimoniales, concepto que permite avanzar en la definición de la compleja identidad nacional (si es que la hubiere)” (Lagunas y Ramos, 2007: 122).

Al respecto, afirma Grimson (2006: 37) que:

5 Destacado en el original.

“Agencias internacionales y líneas de financiamiento promovían el fortalecimiento de grupos tradicionalmente excluidos, no reconocidos. Esto adquiriría una dinámica propia en un país como la Argentina, donde la invisibilización había llegado a instituir la idea de que se trataba de un país sin ‘negros’ y sin ‘indios’”.

Pese a la referida transnacionalización del multiculturalismo y sus políticas, cabe reconocer que cada país se apropia de estas agendas internacionales desde distintas perspectivas,

“...entramando *formaciones nacionales de alteridad* cuyas regularidades y particularidades resultan de –y evidencian– complejas articulaciones entre sistemas económicos, estructuras sociales, instituciones jurídico-políticas y aparatos ideológicos prevaletentes en los respectivos países” (Briones, 2004: 16)⁶.

El problema es que las formaciones nacionales de alteridad, producen no sólo identidades y pertenencias sino, condiciones de existencia diferentes para aquellos grupos de personas que son considerados ‘otros culturales’ en relación a los grupos que se consideran representativos del mito de la ‘identidad nacional’.

“Así, explicita Segato que, en Argentina, la metáfora del crisol usada para construir una imagen homogénea de nación ha ido inscribiendo prácticas de discriminación generalizada respecto de cualquier peculiaridad idiosincrática y liberando en el proceso a la identificación nacional de un contenido étnico particular como centro articulador de identidad (una nación uniformemente blanca y civilizada en base a su europeidad genérica)” (Briones: 21).⁷

Entonces, podría decirse que desde la construcción del mito de la nación argentina, se desarrolló un proceso de ‘desetnicización’ (conf. Grimson) de ocultamiento de todo lo que pudiera considerarse no-blanco que tuvo como antagonistas en primer lugar a los indígenas, luego a ciertos extranjeros (anarquistas, socialistas), más adelante a los ‘cabecitas negras’ del ‘interior’ y finalmente a los inmigrantes limítrofes.

La invisibilización de la diversidad cultural, dio lugar a un “...mestizaje –crisol de razas, *tripode das raças, cadinho*– [que] se impuso entre nosotros como etnocidio, como cancelamiento de la memoria de lo no-blanco por vías de fuerza” (Segato, 2010: 26).

6 Destacado en el original.

7 En el mismo sentido, señala Grimson (2006: 38): “En la Argentina el relato nacional habla de que la población del país es el resultado de un “crisol de razas”. Pero mientras en el imaginario brasileño las “razas” que se habían mezclado fueron los blancos, los indígenas y los afrodescendientes, en la Argentina se trata de una mezcla de “razas” solamente europeas. Los argentinos, según ese relato, descenderían de los barcos. Carecen de sangre indígena.”

A partir de la sanción de múltiples normas nacionales y provinciales que regulan la conservación, preservación y defensa del patrimonio cultural –no exentas de profundas críticas- ha sido posible registrar y proteger una serie de bienes y prácticas culturales, que desde los distintos regímenes legales han sido elevados a la categoría de patrimonio cultural de la nación o de las provincias.

Ello por supuesto, no se ha visto traducido aún en políticas culturales efectivas que garanticen el acceso y goce democráticos de toda la población a dicho patrimonio, lo que implicaría además la participación activa de todos los grupos en los procesos de selección.

De manera tal que pese a los progresos que permitieron incorporar en ese patrimonio a las producciones culturales materiales y simbólicas de diferentes grupos humanos, siguen existiendo grupos hegemónicos (académicos, políticos) que delimitan los bienes culturales que resultan incluidos y excluidos en los diferentes regímenes de protección.

PATRIMONIO CULTURAL Y GÉNERO

Conforme señala Anthias (2006: 50) “Las mujeres son en muchas ocasiones la piedra angular de la transmisión étnica, y de la transmisión y reproducción cultural, así como lo son en la reproducción del patriarcado”.

Sin embargo, la incorporación de las mujeres como sujeto histórico y productor de bienes culturales, así como la representación de las identidades femeninas a lo largo del tiempo, ha sido un tópico que las políticas de preservación del patrimonio cultural han dejado de lado en el proceso que describimos antes, o que se ha visto restringida a ciertos espacios domésticos, íntimos o privados.

Si bien en el mundo occidental podemos señalar que a partir de los movimientos feministas de los '60 se produjo una paulatina inclusión de las mujeres en distintos aspectos de la vida pública, la cuestión de los derechos culturales ha sido subestimada por una serie de obstáculos.

Por un lado, los tratados internacionales de derechos humanos que propugnan la igualdad de derechos de mujeres y varones y establecen mecanismos para garantizar dicha igualdad, han soslayado la cuestión de los derechos culturales.

Así, en el sistema universal de protección de los derechos humanos que se desarrolla en el ámbito de la Organización de Naciones Unidas (ONU), la Convención sobre la eliminación de

todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)⁸, adoptada en 1979, consagra normas que regulan expresamente la igualdad de acceso en materia de derechos políticos, laborales, la capacidad civil, las relaciones de familia, la educación, la salud, pero nada dice respecto de los derechos culturales.

En el ámbito de la OEA, la Convención de Belem do Pará (Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, 1994)⁹ no contiene ninguna norma que proteja o resguarde los productos y prácticas culturales de las mujeres. Ni siquiera una norma que consagre la igualdad en la participación de la vida y los desarrollos culturales de la comunidad en que viva. Sólo una referencia genérica en el artículo 5 que prescribe:

“Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados Partes reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos”.

Estas omisiones no son casuales, y tienen que ver por un lado con que los derechos culturales constituyen en sí mismos una categoría descuidada dentro del concierto de los derechos humanos (Symonides, 1998) y por el otro, con la invisibilización de las mujeres como sujetos de los derechos culturales.

Respecto de la primera cuestión cabe señalar que la disminución que denunciarnos, proviene de la circunstancia de que tales derechos han sido dotados de mecanismos de protección más débiles e imperfectos que los de los derechos civiles y políticos, e incluso los de sus congéneres, los derechos económicos y sociales.

También se origina en la debilidad en la formulación de sus contenidos en el discurso jurídico, aspecto que excede el propósito de este trabajo y que ya hemos desarrollado en otras oportunidades¹⁰, en que identificamos como cuestiones que atraviesan la postergación de los derechos culturales en el concierto de los derechos humanos

8 <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>.

9 <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

10 Ver nuestro trabajo: “DERECHOS CULTURALES. Debilidades discursivas en la formulación de sus contenidos. Cuestiones transversales” (2012) Revista Perspectivas. Facultad de Cs. Económicas y Jurídicas (UNLPam). ISSN 2250-4087.

a: 1) la ausencia de una definición jurídicamente vinculante de cultura, 2) la indefinición de los sujetos comprendidos (donde abordamos el tópico del multiculturalismo) y 3) el retraso en la formación de mecanismos institucionalizados con idoneidad para producir interpretaciones válidas sobre las normas que enuncian derechos culturales.

Por otro lado, en lo referido específicamente a los derechos culturales de las mujeres, las dificultades señaladas se profundizan, ya que –al menos en el ‘mundo occidental’- la concepción ideológica hegemónica entendía a sus bienes culturales como provenientes de un sujeto devaluado.

Si partimos con Butler de que los mecanismos de visibilización y legitimación de las mujeres como sujetos de representación política se basan en estructuras jurídicas, debemos concluir que la inexistencia de normas que reconozcan a las mujeres como sujetos de derechos culturales obstaculiza dicha representación.

La autora citada sostiene que:

“El poder jurídico ‘produce’ irremediamente lo que afirma sólo representar; así, la política debe preocuparse por esta doble función del poder: la jurídica y la productiva. De hecho, la ley produce y posteriormente esconde la noción de ‘un sujeto anterior a la ley’ para apelar a esa formación discursiva como una premisa fundacional naturalizada que posteriormente legitima la hegemonía reguladora de esa misma ley” (Butler, 2002: 5).

En el campo de los derechos culturales, se revelan mecanismos hegemónicos que excluyen a las prácticas culturales de las mujeres de la protección que se brinda a lo que se considera ‘patrimonio cultural’ o bien las relega a espacios y jerarquías subordinados.

La propia etimología del término patrimonio propone un impedimento, ahora desde el discurso, a la consolidación de tales derechos. Esta cuestión ha sido analizada por Lagunas y Ramos (2007: 126), quienes sostienen que estamos frente a un término fuertemente generizado desde lo masculino. En efecto, el vocablo patrimonio proviene de la expresión en latín *patrimonium*.

“Su raíz, pater, está fuertemente ligada a una figura masculina y asociada a la constitución de específicos vínculos con otras/os, como son los familiares (...). Esta noción de pater se vincula con bienes transmitidos en herencia (cargos, honores, funciones) que por intermedio de la vía masculina, la del primogénito, se constituyen en el patrimonio de un linaje” (Lagunas y Ramos, 2007: 125).

Trazando un paralelismo entre dicho término y la palabra matrimonio, podemos observar que esta última se vincula a la reproducción y la educación de los hijos, es decir, al ámbito privado.

“Por lo tanto, estamos frente a dos conceptos que no admiten ninguna forma de deslizamiento: patrimonio, que alude a varones con poder y matrimonio, a mujeres en una relación de procreación. Estos dos conceptos operan así generizados como un código cultural constituido en un momento y que por su fuerza parece devenido en un código genético” (Lagunas y Ramos, 2007: 125).

Los mecanismos sobre los que se ha construido la dominación masculina también se ven representados en los museos, fechas patrias, billetes, monumentos, nombres de calles, edificios y otros bienes u objetos que integran el llamado ‘patrimonio nacional’, donde las mujeres aparecen “asociadas a las actividades que contribuyen a la constitución de los estereotipos femeninos: junto a su marido, con sus hijos, o como un objeto decorativo, tanto ella, en sí misma, o aquellos objetos que contribuyen a posicionarla en tal lugar” (Lagunas y Ramos, 2007: 128), revelando de ese modo la naturalización de la subordinación de género, aun en las sociedades contemporáneas.

En este contexto, resulta necesario un replanteamiento de lo patrimonial que revalorice los bienes y objetos culturales producidos por las mujeres, desde una perspectiva teórica que apunte al reconocimiento de una ‘cultura de las mujeres’ entendida no como subcultura sino como un aspecto de la vida cultural general. En ese sentido, no debe olvidarse que

“...para algunos todavía resulta difícil el plantearse quede la existencia de tal cultura deviene la posibilidad que lo producido, usado, intercambiado por las mujeres en sus múltiples relaciones consigo mismas, con la sociedad, con el lenguaje, con lo simbólico, pueda ser conceptualizado como *patrimonio cultural*” (Lagunas y Ramos, 2007: 133)¹¹.

PALABRAS FINALES

Como señalábamos al comienzo, los derechos culturales y su acceso y goce democráticos, revisten una particular relevancia en el contexto de la globalización donde a la vez que se acelera la circulación de bienes, servicios, información, personas y productos culturales occidentales, se profundizan las diferencias entre ricos y pobres, y con ellas los conflictos raciales, étnicos y religiosos.

Si se reconoce el patrimonio cultural como campo de

11 Destacado en el original.

disputas simbólicas y por el dominio de sentidos de identidad y pertenencia, no cabe sino afirmar la necesidad de reflexión sobre las razones que dieron origen a la subalternización de diversos colectivos humanos, cuyos bienes y productos culturales no se han visto reflejados en los discursos hegemónicos acerca de la identidad y memoria provincial.

La tendencia a ‘naturalizar’ ideológicamente las desigualdades sociales, de la que da cuenta Stolke (2000: 29), se evidencia también en el campo de los derechos culturales.

Es así que, el análisis de la reproducción de desigualdades sociales dentro de dicho campo de estudio, no puede realizarse partir de las dimensiones de género y etnia comprendidas aisladamente, sino que es necesaria su articulación para atravesar su complejidad.

Si partimos de la idea de interseccionalidad, concebida como la articulación de las diferencias de género, etnicidad y clase, no debemos soslayar que dichas categorías no forman conceptos fijos, sino que es necesario comprender que ellas mismas son producidas interseccionalmente. Es decir, se trata de reconocer que existe entre género y etnicidad un proceso de mutua co-constitución que origina desigualdades sociales.

Pensar la interseccionalidad implica entonces comprender que el ‘sexo’ y la ‘raza’ no constituyen hechos biológicos que cimentan relaciones de ‘género’ y ‘etnicidad’, sino recursos ideológicos contruidos para justificar desigualdades sociales y de género, en un procedimiento que resulta inherente a la misma sociedad de clases.

Como imponente categoría discursiva, el patrimonio cultural tiene la potencialidad de destacar a determinados sujetos y sus bienes y prácticas culturales como protagonistas de la identidad y memoria nacional. Paralelamente detenta la potestad de eclipsar a aquellos que no lo integran.

Desde esta perspectiva, la realización plena de los derechos culturales y en particular del derecho al acceso y goce democráticos del patrimonio cultural requiere de políticas públicas que:

- a) Entiendan a la ‘identidad nacional’ como una construcción histórica, heterogénea y compleja, comprensiva de identidades diversas en permanente disputa;
- b) Desalienten la declaratoria de bienes patrimoniales que refuercen discursos culturales hegemónicos, a partir del reconocimiento de la influencia del patrimonio en la reproducción de desigualdades sociales;

- c) Reconozcan a los pueblos originarios y a las mujeres como sujetos productores de bienes culturales;
- d) Favorezcan el empoderamiento de dichos sujetos históricamente segregados, lo que implica no sólo la adecuada protección de sus productos y prácticas culturales sino también su participación en los órganos y procedimientos de selección que permiten la incorporación de dichos bienes en la categoría 'patrimonio cultural'
- e) Incorporen en las legislaciones relativas a derechos culturales, normas que garanticen condiciones igualitarias de acceso y goce a tales derechos.

BIBLIOGRAFÍA

ANTHIAS, F. (2006): "Género, etnicidad, clase y migración: interseccionalidad y pertenencia translocalizacional", en: Rodríguez, P. (ed.), *"Feminismos periféricos"*. Granada: Editorial Alhulia, pp. 49-68.

BALLART, Josep (1997): *"El patrimonio histórico y arqueológico: valor y uso"*. Barcelona: Ariel.

BORÓN, A. (1999) "Pensamiento único y resignación política: los límites de una falsa coartada". En: Comp. Borón, A.; Gambina, J.; Minsburg, N., *"Tiempos violentos; Neoliberalismo, globalización y desigualdad en América Latina"*. Buenos Aires: CLACSO – EUDEBA. En línea: <http://168.96.200.17/ar/libros/tiempos/boron.rtf>

BOURDIEU, Pierre (2000): "Poder, derecho y clases sociales". Madrid: Ed. Desclée de Brower.

BRIONES, C., (2005) "Formaciones de alteridad: contextos globales, procesos nacionales y provinciales", en: Briones, C. (comp.), *"Cartografías Argentinas. Políticas indigenistas y formaciones provinciales de alteridad"*. Buenos Aires: Antropofagia, pp. 11-43.

BUTLER, J. (2002): "El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad", México, Paidós, pp 3- 47.

CASTELLS, Manuel (1997): *"La era de la información"*. Vol. 1.

Madrid: Alianza.

COLECTIVO CONOSUR(2004): “Alternatividad en Internet: tres experiencias en la red” en: “*Contrainformación. Medios alternativos para la acción política*”. Ediciones Continente, Buenos Aires.

GIMENEZ, G. (2005): “La cultura como identidad y la identidad como cultura”, Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, México. En línea: <http://red.pucp.edu.pe/ridei/wpcontent/uploads/biblioteca/>

AXIOLOGÍA, SISTEMAS ÉTICOS, DERECHO Y MORAL

Natalia Leonor MONGE¹

RESUMEN

Toda acción humana es susceptible de ser enjuiciada positiva o negativamente desde la perspectiva jurídica como desde la axiológica. Habitualmente los hombres, relacionan lo “legal” con lo “ético”, para determinar lo valioso o disvalioso de la normatividad en el sistema jurídico que los rodea. Todas estas cuestiones éticas se fueron desarrollando como tal y constituyeron uno de los problemas receptado por una disciplina que se compone como tal a finales del siglo XIX: la axiología o teoría de los valores.

Este artículo pretende, en forma divulgadora, dar líneas aproximativas de temas claramente vinculados entre sí, como son: los valores, las distintas teorías éticas y, por último, la relación entre moral y derecho; está dirigido principalmente a los estudiantes de derecho.

BREVE INTRODUCCION A LA TEMATICA AXIOLOGICA

El abordaje de la teoría de los valores implica aclarar algunas características, conceptos y funciones del valor.

Ya Emmanuel Kant (1785) había anticipado el problema de lo ético en la pregunta ¿Qué debo hacer?, respuesta que se vincula al campo de la ética, las acciones humanas. Por su parte John Hospers (1979), filósofo contemporáneo, realizó una serie de cuestionamientos axiológicos acerca de la conducta humana; de esta manera, podemos advertir como la temática en cuestión va cobrando campo de análisis y aplicación.

¹ Abogada. Universidad Nacional de La Pampa
Ayudante de segunda con dedicación simple en la cátedra Introducción al Derecho en la Universidad Nacional de La Pampa. natimon87@hotmail.com

Los valores son entes frente a los cuales el ser humano no puede ser indiferente, estos entes generan la adhesión o el rechazo. El vocablo valor es un sustantivo que deriva del latín, “valere”, que a su vez nos remite a otras significaciones posibles: “valer”. En este sentido, podemos afirmar que una de las características del valor es el “valer”.

Por valoración, el diccionario de la Real Academia Española entiende a la acción y efecto de valorar. Y valorar significa señalar el valor que corresponde a una cosa.

Siguiendo a Frondizi, Risieri (1990) definimos a los valores como una cualidad estructural que surge de las reacciones del sujeto ante las propiedades del objeto en cada situación. El valor depende de las situaciones o circunstancias que se encuentra el sujeto ante el objeto. Aquellas cualidades fundamentales, sin las cuales los objetos no podrían existir se llaman “cualidades primarias”. Junto a ellas están las “cualidades secundarias” o cualidades sensibles, como el olor, el sabor, etc. “Cualidades terciarias”, llamó Samuel Alexander a los valores. Adhiero a la concepción de Frondizi, Risieri, en tal sentido, la denominación no es adecuada porque los valores no constituyen una tercera especie de cualidades, sino una clase nueva.

Los valores son propiedades, cualidades sui generis, que poseen ciertos objetos llamados bienes. Como cualidades no pueden existir por sí mismas, los valores pertenecen a los objetos a los que Husserl llama “no independientes”, o sea, no tienen sustantividad. El valor es una cualidad, un adjetivo. Por ser cualidades, son entes parasitarios que no pueden vivir sin apoyarse en objetos reales y de frágil existencia.

Son meras posibilidades con existencia virtual. No hay que confundir los valores con los objetos ideales, por ejemplo, entes matemáticos, esencia, relaciones, etc. La diferencia está en que éstos son ideales mientras que los valores no lo son; por ejemplo, la belleza es un valor y la idea de belleza es un objeto ideal. Captamos primero, la belleza por vía emocional, mientras que la idea de belleza se aprehende por vía intelectual.

Uno de los problemas más comunes que posee el abordaje de esta temática es la objetividad de los valores; conforme a Ferrater Mora (1979) los valores son objetivos, es decir, no dependen de las preferencias individuales, sino que mantienen su forma de realidad más allá de toda apreciación y valoración. La teoría relativista de los valores sostiene que los actos de agrado y desagrado son el fundamento de los valores.

La teoría absolutista sostiene, en cambio, que el valor es el fundamento de todos los actos. La primera afirma que tiene valor lo deseable. La segunda sostiene que es deseable lo valioso. Los relativistas desconocen la forma peculiar e irreductible de la realidad de los valores. Los absolutistas llegan a la eliminación de los problemas que plantea la relación efectiva entre los valores y la realidad humana histórica. Los valores son, objetivos y absolutos, la objetividad del valor es sólo la indicación de su autonomía con respecto a toda estimación subjetiva y arbitraria.

La polaridad es una de las características que poseen los valores, pues existen valores positivos al igual que valores negativos, ambos coexisten en el mundo. La jerarquía apunta a esa ordenación en una escala en que algunos tienen más preferencia que otros. Como ya habían señalado Frondizi, Risieri (1990) “la preferibilidad revela ese orden jerárquico; al enfrentarse a dos valores, el hombre prefiere comúnmente el superior, aunque a veces elija el inferior por razones circunstanciales”.

Que los valores posean cualidades significa que no son independientes de la cantidad, es decir, al ser cualitativamente puros es imposible establecer relaciones cuantitativas entre objetos valiosos. No existen los valores por la cantidad de objetos sino que la cualidad valiosa es que la cuenta.

UNA APROXIMACIÓN A LA HISTORIA DE LA TEORÍA DE LOS VALORES: LA AXIOLOGÍA

La disciplina que estudia los valores conocida como Axiología, vocablo de origen griego compuesto por dos términos “Axio”, que significa, lo “valioso”, “estimable” o “digno” y “logía” que significa “conocimiento”, “teoría”, “estudio”; ensaya sus primeros pasos en la mitad del siglo XIX. Este descubrimiento es uno de los más importantes de la filosofía reciente y consiste en distinguir el ser del valer. Los intentos de axiología se dirigen a valores aislados y en particular, al bien y al mal.

La filosofía anterior al siglo XIX, trató los problemas éticos, es decir, todo lo relacionado con lo señalado anteriormente focalizándose en los denominados filósofos morales. Con el renacimiento y la reacción antropocéntrica, el hombre pasó a ser el creador del conocimiento y desde la óptica valorativa un fin en sí mismo, abandonando las posiciones cosmológicas y teológicas, según las cuales el hombre como sujeto era producto del cosmos o de Dios.

Estos filósofos no repararon en realizar una teoría acerca

de los valores, sino, que se ocuparon en forma similar, de la problemática del bien y de los bienes que de él derivaban. Los bienes equivalen a las cosas valiosas, esto es, a las cosas más el valor que se le ha incorporado. Esto va perdurando en el devenir histórico que desemboca en la denominada filosofía de los valores a fines del siglo XIX.

El siglo decimonónico se caracterizó por poseer una marcada tendencia antifilosófica, enfatizando la tarea científica, dejando de lado la meditación metafísica acerca del bien. En la última mitad del siglo XIX, se comienza a constituir esta disciplina por el aporte de distintos filósofos y se propone la existencia de dos mundos: el de la naturaleza y el de la cultura. Abordando algunos autores, consideramos a Francisco Brentano (1838-1917) como uno de los iniciadores de esta disciplina conjuntamente con Federico Nietzsche (1844-1900) y Rudolf Hermann Lotze (1817-1881).

Brentano (1895) concebía al valor relacionado con los estados anímicos del sujeto en su relación con las cosas y las conductas, tendiente a inclinarse hacia el subjetivismo, pues su acercamiento a los valores se vinculaba con aspectos psíquicos que residían en la conciencia humana.

Lotze (1884) expresó que “los valores no son, sino que valen”, manifestación formulada dentro del contexto positivista predominante, intentó independizar a los valores de la realidad. Concebía a éstos, como una fuerza interna del alma que potenciaba en el valor su existencia.

En tanto, Federico Nietzsche (1890) desde un punto de vista irracionalista, planteó la denominada “transmutación de todos los valores”, tal fue su impronta que marcó toda una época que aún, hoy día, sus prédicas siguen siendo objeto de discusión. Este autor introdujo en la filosofía los conceptos de sentido y de valor como una crítica, ya que Kant no supo plantear la crítica que él creía necesaria sobre el problema de los valores. Crítico de la moral cristiana, concebía que esos valores fueran contrarios a la vida. La vida como valor supremo no podía seguir siendo objeto de dominación de la moral decadente del hombre europeo, tenía que convertir a ese hombre en otro, debía inventar nuevos valores en que la vida sea el centro que posee los instintos y la voluntad necesaria de hacer y de poder. Esos instintos funcionaban como una forma de alejarse del más cercano a través de la risa, ridiculizando al otro. Asimismo, no creía en los valores absolutos y objetivos, por ser la vida el principal valor que se manifestaba en el querer ser libre y en la voluntad de poder, que lo conduciría al “superhombre”.

Para su concepción todos debían pensar como él. Pensó que el reemplazo de los valores tradicionales existentes podía ser reemplazado por otros vinculados a la vida. El sentido vida reside en servir a la voluntad de poder que le es propia, el hombre cambia de actitud ante sí mismo, ante los otros y ante el mundo. Lotze, se podía considerar como uno de los primeros en abordar la sistematización de esta teoría.

En nuestro país, Juan Carlos Smith (1999:163) señaló que Lotze, Dilthey y Brentano fueron los precursores de la Teoría de los Valores; sin embargo, existen otras posturas que abandonan el subjetivismo y se inclinan hacia el objetivismo.

El subjetivismo afirmaba que los valores eran consecuencia de estimaciones subjetivas de los hombres individualmente considerados y las estimaciones sociales que por medio de la conciencia colectiva todo pueblo se da su propia tabla de valores, en un tiempo y espacio, vinculándose con la relatividad valorativa va a cambiar con el transcurso del tiempo.

De esta manera, podemos advertir que para el subjetivismo los valores existen, poseen sentido y son válidos en la medida en que los sujetos valoran. En cambio, para el objetivismo los valores son objetivos independientemente de todo sujeto y conciencia.

Someramente destaqué algunas de las características de la teoría de los valores, esto conduce a plantear las vinculaciones y separaciones entre derecho y los valores.

APROXIMACIÓN BREVE A LAS TEORÍAS ÉTICAS ACTUALES

Luego a haber analizado la temática elegida, pasando por la disciplina de estudio; la teoría de los valores, realizaré una aproximación a las teorías éticas actuales.

El abordaje de la problemática ética y su relación con el derecho implica realizar una indagación sistematizada que pretenda justificar dichos vínculos.

Dice Bollnow (1960: 121/122) que hay dos tipos de ética, que se repiten a lo largo de la historia: la “ética de la medida” y la “ética de la demasía”.

Las primeras están, según él, determinadas por “la razón equilibradora y ponderante”, y tienden a unir la plenitud con la forma, evitando lo confuso y caótico, en tanto que las segundas promueven instancias de desmesura, vinculadas a sentimientos religiosos. Es la tradicional contraposición entre racionalistas e irracionales, entre clásicos y románticos.

También en la ética contemporánea es posible hallar esos dos tipos de tendencia, es decir, éticas racionalistas y éticas irracionalistas. Entre las primeras es posible distinguir algunas de corte científicista y otras no científicistas, o, que proponen para las cuestiones éticas la necesidad de atenerse a un tipo distinto de razón. Entre las éticas irracionalistas también es posible distinguir las que afirman la posibilidad de la ética y las que, por el contrario, niegan dicha posibilidad. Pero quizá nunca, antes, se había llegado a un nivel tan alto de antagonismo en cuanto tal. Ha habido, algunas destacadas expresiones de la ética contemporánea en las que se capta el hecho de que esa contraposición es inherente a la complejidad misma de *lethos*, en el cual se da un conflicto permanente entre lo racional y lo emocional, entre *logos* y *pathos*.

Hay que entender el panorama de la ética actual en relación con dos contextos históricos: el de la historia en general (el conglomerado de los acontecimientos políticos, sociales, económicos, etc.) y el de la historia de la filosofía en particular. En el periodo que se extiende entre las dos guerras mundiales se desarrollaron numerosas teorías éticas importantes, muchas de ellas vinculadas al interés filosófico predominante: la tematización de las cuestiones axiológicas asumida, sobre todo, por el neokantismo y la fenomenología.

Entre las éticas centradas en el tema de los valores, había alcanzado especial relieve la llamada “ética material de los valores”, cuyos exponentes más conocidos fueron Max Scheler y Nicolai Hartmann. Ellos efectuaron extensos análisis fenomenológicos de los sentimientos humanos, acorde con la convicción básica, que animaba sus respectivas teorías, de que los valores se aprehenden por vía emocional, en específicos actos intuitivos emocionales (1992: 73/103).

Scheler sostenía que Kant había descubierto, de una vez para siempre, la necesidad de un a priori ético; pero había confundido lo a priori con lo formal y lo racional. La propuesta scheleriana apunta a corregir ese presunto error mostrando que también hay un a priori material y emocional, representado por los valores. A través de un minucioso estudio de los actos emocionales intencionales, desarrolla Scheler un “personalismo ético”. Gran parte de sus ideas éticas, expuestas casi siempre en forma desordenada, fueron sistematizadas y corregidas por Hartmann. Una de las correcciones más significativas consistió en señalar que los valores inferiores son “fundantes” respecto de los superiores, lo cual determina uno de los problemas capitales de la ética: el de “la autonomía

ética fundamental”, es decir, la contraposición entre los criterios preferenciales de “altura” y “fuerza” axiológicas.

Después de la Segunda Guerra Mundial, el interés por la tematización de los valores cayó en bancarrota, y las éticas del tipo desarrollado por pensadores como Scheler y Hartmann se convirtieron en obsoletas. Las críticas más fuertes dirigidas a esas éticas atacaban sus criterios intuicionistas. Eran críticas que provenían de dos frentes, en los que militaban los principales filósofos del momento: en neopositivismo y el existencialismo. Los neopositivistas habían comenzado su impugnación del intuicionismo ya antes de la guerra, en el “Círculo de Viena”, y luego en Berlín y Praga.

En la década del '30, la mayoría de sus representantes emigraron a Inglaterra y los Estados Unidos, donde esa nueva filosofía experimentó una significativa convergencia con la tradición empirista anglosajona. El existencialismo tenía viejas raíces en Kierkegaard, pero se había renovado en las obras de Heidegger y Jaspers, entre otros.

Neopositivismo y existencialismo parecen oponerse entre sí, ya que el primero tiende a exigir a la filosofía una “objetividad científica”, en tanto que el segundo se desinteresa de lo objetivo y enfatiza lo subjetivo, lo personal, lo íntimo de la existencia humana, el “compromiso” concreto en cuestiones vitales. Pero, en otro sentido, resultan complementarios: ambos dan por supuesta una separación esencial entre lo “objetivo” y lo “subjetivo”, entre lo personal y lo impersonal. Esa coincidencia se traduce en una común oposición a la ética general, y a la ética de los “valores” en particular. Carnap sostiene que las proposiciones valorativas carecen de sentido; Heidegger, que todo “pensar en valores” es una “blasfemia contra el ser”.

El intuicionismo, en todo caso, se había revelado como el más débil de la “ética material de los valores”, y fue allí donde atacaron con mayor éxito los representantes de otras corrientes filosóficas de posguerra. No se tuvo, suficiente discernimiento como para advertir que dicha ética no se agotaba en sus aspectos intuicionistas.

La ética material de los valores había realizado verdaderos aportes para un conocimiento más pleno de los fenómenos morales.

El interés por dichos fenómenos, no había muerto del todo. Poco tiempo después, se manifestó bajo diversas formas; una de esas formas se insertaba en el marco de lo que después se ha dado a llamar “giro lingüístico” de la filosofía contemporánea. Después

de la posición extrema del círculo de Viena, la actitud de la filosofía analítica ante la ética pierde beligerancia. Los problemas éticos dejan de considerarse “pseudo problemas”, a los que no corresponde “resolver”, sino “disolver”, según había insinuado Wittgenstein. La importancia de aquellos problemas se había hecho consciente en la filosofía de un “intuicionista” británico: George E. Moore, desde comienzos del siglo, y los nuevos rechazos del intuicionismo ya no impedían el desarrollo de numerosas teorías analíticas en el campo de la “metaética”.

Hubo en Inglaterra dos grandes “escuelas” de filosofía analítica: la de la Cambridge, influida por el primer “Wittgenstein” y por el círculo de Viena, representada por Ayer, Britton, Wisdon, y muchos otros, dedicada al análisis del lenguaje científico, y la de Oxford, que recibiera la influencia del “segundo” Wittgenstein, en la que militaban Austin, Hare, Hart, quienes concentraban sus esfuerzos en los análisis del lenguaje ordinario. Fue esta última escuela la que revistió una singular importancia para la ética.

En metaética, es decir, en el nivel de reflexión ética que atiende sobre todo a la semiosis del ethos, a la significación y el uso de los términos y enunciados morales, suelen distinguirse, dos grandes grupos de teorías: las “cognitivistas” y las “no cognitivistas”. Las primeras, también conocidas como “descriptivistas”, comparten la afirmación de que los enunciados éticos describen algo, es decir, que ellos puede ser verdaderos o falsos. Las teorías “no cognitivistas” o “no descriptivistas”, en cambio, se caracterizan por negar lo que aquellas afirman: los enunciados éticos no describen nada, y, por tanto, no se puede decir que sean verdaderos ni falsos.

La ocupación cada vez más intensa con los problemas del lenguaje moral ha permitido contar hoy con conceptos claros y precisos acerca de los mismos, pero produjo, al menos en los ambientes filosóficos de habla inglesa, cierto olvido de los problemas éticos “sustantivos”. Sin embargo, a partir de la década del '60 fueron produciéndose, ciertas reacciones contra semejante unilateralidad temática y un creciente regreso a las cuestiones de la “ética normativa” y, luego, a la hoy llamada “ética aplicada”.

Lo cierto es que tenemos hoy una evidente “rehabilitación de la filosofía práctica”. En el ámbito de la ética normativa es decir, en el nivel de reflexión donde se buscan los fundamentos de normas y valoraciones, reaparecen viejas polémicas, enriquecidas por nuevas propuestas originales. Ha habido serios intentos de indicar principios de universalización y contra ellos han recrudecido formas de relativismo y escepticismo éticos, pero también, propuestas de

fundamentación empírica.

El “neocontractualismo” defendido con Rawls se vincula a una concepción ética constructivista apuntada sobre todo a cuestiones políticas. En lo que hace a la ética discursiva, su principal significación filosófica es la que ha alcanzado en la propuesta apeliana. Esta ha suscitado varias polémicas con representantes de distintas corrientes.

La ética discursiva de Apel (Otto, A. 1991) tiene que ser entendida en el marco de una pragmática trascendental del lenguaje, en la cual se procura mediar la filosofía trascendental kantiana con ciertos logros del mencionado giro lingüístico, investigando las condiciones de posibilidad y validez pero buscándolas en la dimensión pragmática del lenguaje. La ética discursiva o comunicativa destaca el hecho de que, entre las condiciones del discurso argumentativo, está la aceptación implícita de una norma básica: la exigencia de que se procure resolver todos los conflictos de intereses por medio de la argumentación. Dicha argumentación tiene que ser dialógica, entre todos los afectados por una determinada línea de acción sobre la cual se discute y tiene que apuntar al consenso de dichos afectados. Que esta norma básica sea “condición” de cualquier acto argumentativo, significa que ella no puede ser negada ni cuestionada sin autocontradicción, es decir, sin cometer una inconsistencia entre el contenido de lo que se afirma y el hecho de afirmarlo.

En cuanto a las nuevas formas de relativismo y escepticismo ético, los primeros siguen ligados a variantes sociologistas, historicistas y psicologistas. En todas sus formas se presenta la confusión entre “validez” y “vigencia fáctica”. Los escepticismos éticos revisten alguna de sus modalidades clásicas: o bien niegan la vigencia fáctica o, niegan expresamente la validez (AAIE 1988: 7/28). El escepticismo ético está representado hoy por el posmodernismo, en el que ha vuelto la tradición irracionalista.

La característica más reciente de las investigaciones éticas parece ser el interés “de la ética aplicada” esta denominación suele entenderse en contraposición con la “ética pura”, es decir, la ética filosófica, ya sea en cuanto ética normativa o metaética. Dicha contraposición se establece en virtud de cierta analogía con la de “ciencia pura-ciencia aplicada”. El concepto de “ética aplicada” no está aclarado de modo unánime. Se admite que su característica principal es la interdisciplinaridad. En la ética aplicada tiene que converger la ética filosófica con el conocimiento que solo pueden proporcionar las ciencias acerca de las características generales

de cada situación concreta. En la ética aplicada esta siempre involucrada alguna ciencia particular. El área temática de la ética aplicada es amplia, comprende las implicaciones morales de todas las situaciones concretas determinadas por la interacción social, requiere un permanente diálogo en la medida de lo posible, interideológico. La mayor urgencia de la ética aplicada se encuentra en la necesidad de articular la ética y la ciencia.

Hay que tener en cuenta dos tipos de relaciones: uno es el de la ciencia en la ética, comprensible en dos sentidos: el del carácter “científico” que puede otorgarse a la ética (en el sentido de admitir su objetividad como disciplina), y el de la posibilidad de aportes que cabe a la ciencia hacer a la ética y que es una característica de la ética aplicada. El otro tiempo de relación entre ética y ciencia está dado por la ética en la ciencia: las posibles consecuencias perjudiciales de la tecnología actual por ejemplo, el desequilibrio ecológico; tienen que ser corregidas a su vez por medio de tecnología pero esas correcciones tienen que ser emprendidas con criterios éticos. En síntesis, podría decirse que la ética sin ciencia resulta inoperante, y que la ciencia sin ética conduce a la tecnocracia y entraña un peligro real para la supervivencia de la especie humana. La ética aplicada ha sido una buena ocasión para abrir el diálogo entre la ciencia y la ética.

LA RELACIÓN ENTRE LOS VALORES Y EL DERECHO

Estableciendo una relación entre los Valores y el Derecho, pasamos ahora a analizar la clásica pregunta: ¿Hay relación entre el Derecho y la Moral? La respuesta a esta problemática tiene consecuencias de largo alcance, para dilucidar tenemos que hacer un recorrido histórico, para luego continuar con la tesis positivista de la separación entre el derecho y la moral, y su contraparte, la tesis no positivista de la conexión.

Christian Thomasius (1655-1728) fue el primero que enfocó, con intención sistemática, el problema de la distinción entre Derecho y Moral. En su obra “*Fundamentos del Derecho Natural y de Gentes*” aparecida en el año 1705, distingue las ciencias relativas al comportamiento humano en tres especies: la Ética o Moral; la Política y la Jurisprudencia o Derecho. Ahora bien, esta clasificación tripartita que hace Thomasius, tiene como base la subsunción de aquellas especies de normas –y sus correspondientes disciplinas– en tres correlativos principios supremos: el principio supremo de la Ética o Moral es lo *honestum* (Hazte a ti, lo que quisieras que los demás se hagan a sí), surgiendo en esta formulación el atisbo

del imperativo categórico kantiano. La Política tiene por principio supremo el *decorum* del cual se deduce la máxima fundamental (Haz a los demás lo que quisieras que los demás te hagan a ti). Y por último, el Derecho tiene por principio supremo lo *justum*, que se traduce en el precepto (No hagas a otro, lo que no quisieras que te hagan a ti).

De esta distinción tripartita, Thomasius considera que la oposición más notable que entre ellas existe, es la que delimita el ámbito de la moral frente al ámbito del jurídico, recuérdese además la época en que se establece y la posición del propio autor. En este sentido y, en referencia específica al tema que proponemos, sostiene que: Las normas morales que la Ética estudia y establece, regulan, sólo el obrar individual; en cambio las normas jurídicas, que comprenden el objeto de la Jurisprudencia o Derecho, son reguladoras del obrar interindividual y se refieren al fuero externo del hombre estableciendo relaciones en un régimen de coexistencia. Infiérese de ello, que los deberes que la Ética postula son incoercibles, ya que nadie puede ejercer fuerza alguna en la esfera de la propia voluntad. Por el contrario, los deberes que el Derecho establece son coercibles toda vez que la coacción puede ejercerse en la esfera intersubjetiva, en el plano social.

De esta manera, podemos decir que la Moral tiene por principio lo honesto (*honestum*), se refiere sólo al fuero interno (*foruminternum*) y no es coercible; los deberes morales son imperfectos, ya que no se puede coaccionar, sólo refieren un perfeccionamiento íntimo. El Estado órgano del Derecho, no puede pues internarse en el ámbito de la conciencia para imponerle determinadas creencias, ya que el fuero interno, el mundo de las intenciones y los deseos, le es totalmente ajeno. El Derecho, en cambio, se refiere a lo justo (*justum*), no a lo honesto, y versa sobre el fuero externo (*forumexternum*), el Derecho no tiene como fin el perfeccionamiento íntimo, sino la coexistencia social. Los deberes jurídicos se llaman perfectos porque son coercibles.

Continuando con este breve panorama histórico no podemos dejar de mencionar a Emmanuel Kant (1724-1804), quien distingue la Moral del Derecho fundándose en las diferencias entre los motivos del obrar (que llama acciones internas), y el aspecto físico del mismo (que denomina acciones externas). La Moral se refiere a esos motivos, esto es, al fuero interno; el Derecho se refiere sólo al aspecto externo de los actos, esto es, a la conformidad de la acción con la ley: prescinde de los motivos que determinan el acto o la abstención.

Para la Moral formula el siguiente principio conocido como *Imperativo Categórico*: “Procede siempre de tal modo que la máxima de tu acción pueda valer en todo tiempo como principio de una legislación universal”, y según el cual debemos obrar siempre por el deber mismo, sin tener en consideración otros aspectos como las consecuencias del obrar, las pasiones, deseos y demás. En cambio, para el Derecho el principio que propone es el siguiente: “Procede exteriormente de tal modo que el libre uso de tu arbitrio pueda coexistir con el arbitrio de los demás según una ley universal de libertad” considerando arbitrio el acto de voluntad individual de cada persona con más la capacidad de realización del mismo.

Las doctrinas de estos dos autores representan una reacción contra la omnipotencia del Estado absolutista de los siglos XVII y XVIII. Ambos tenían como intención combatir el absolutismo de las monarquías de Derecho Divino, que pretendían abarcar todos los ámbitos, incluso el de la conciencia. Para poner un tope a esas intromisiones del poder y defender la libertad de pensamiento y de conciencia, dividen idealmente dos partes: el fuero interno y las acciones internas, del fuero externo y las acciones externas.

Otro autor que consideramos relevante es el neokantiano Rodolfo Stammler (1865-1938) representante de la Escuela de Marburgo. Para él, la Filosofía del Derecho tiene por objeto, la consideración de las “formas puras” determinantes de las nociones jurídicas y el análisis de la realidad social desde la perspectiva de esas formas que, como tales, no derivan de la experiencia (ya que sino el derecho estaría condicionado a fenómenos particulares), por el contrario, son condicionantes del conocimiento del acontecer histórico, en cuya dinámica concreta se revelan.

Siguiendo los lineamientos kantianos pretende resolver, ante todo, el problema del conocimiento jurídico buscando primeramente el *Universal Lógico del Derecho*. Este autor insistía en buscar un orden lógico mediante el cual pudiera atribuírsele al Derecho características universales indiscutibles, prescindiendo de las circunstancias particulares en las cuales se aplica. Este intento se apoya en un supuesto desarrollado por el neokantismo, según el cual, todo conocimiento metódicamente fundamentado constituye al objeto del conocimiento mismo. De ahí que, la determinación esencial del concepto (universal lógico) de lo jurídico coimplique, según Stammler, la caracterización ontológica del objeto Derecho. Por ello, sostiene la existencia en el espíritu del sujeto cognoscente de dos funciones integradoras básicas: la percepción que posibilita la aprehensión de los fenómenos a través de una serie de relaciones

causales, y el querer o voluntad, que integra ontológicamente a esos fenómenos según relaciones *teleológicas o de finalidad*. En este último grupo de ciencias se encuentra el Derecho, puesto que, el fenómeno jurídico sólo puede ser entendido como una manifestación de la voluntad humana pensada mediante las categorías de medio y fin.

En específica referencia a la problemática abordada y en lo que respecta al problema de la Justicia, Stammler reivindicó su jerarquía llevándola al plano de la consideración crítico-trascendental. En esa época dos tendencias contrarias entre sí se disputaban la solución a la controversia. Una de ellas el *racionalismo* afirmaba la posibilidad de lograr un criterio ideal, de validez absoluta, capaz de fundar por sí solo a aquel Derecho Justo, y el *empirismo* que negaba al problema toda dimensión científica afirmando que si existen ideales de Justicia, éstos no son sino resultantes variables del acontecer histórico. Aplicando el método criticista, el representante de la Escuela de Marburgo, trató de superar esta oposición sosteniendo que en un orden normativo de la vida social como es el Derecho, la razón y la historia se coimplican y complementan. Según ella, el campo del conocimiento jurídico resulta dividido en dos grandes sectores: a) el de la *lógica jurídica*, cuya tarea es determinar el universal lógico del Derecho y los conceptos fundamentales implicados en él; y b) el de la *deontología* que investiga al Derecho según un ideal de conducta entendido como forma pura a priori, como centro heurístico regulador de la propia realidad jurídica.

Este ideal orienta la función legisladora hacia la totalidad del querer que es la Justicia, lo cual permite determinar lo que se ha denominado derecho natural de contenido variable.

Siguiendo este orden de ideas, fundamental importancia tiene Giorgio del Vecchio (1878-1970), para quien, Derecho y Moral son dos posibles enfoques de la conducta humana y ambos están dentro de la ética. El mismo sostiene que la diferencia entre la Moral y el Derecho se da porque “el Derecho reside en la interferencia intersubjetiva de la conducta”. Esta afirmación tiene como punto de partida, el hecho de que todas las acciones humanas son susceptibles de ser consideradas en su relación con otras acciones humanas, ya sea que se piense en otras que el mismo sujeto puede realizar en vez de las que hace (correlación entre el hacer y el omitir del agente), ya sea que sea que se la contraponga con las acciones de otros sujetos (correlación entre el hacer del sujeto y el impedir por parte de los otros).

Todo sujeto, en un momento dado de su existencia, es libre de preferir entre varias opciones físicamente posibles, una determinada. De todas estas acciones posibles cabe afirmar que concurren (o se interfieren) en el campo subjetivo de la conciencia del sujeto, hasta que éste prefiere (acto valorativo) una de ellas y la realiza, excluyendo así a las demás posibilidades. La antítesis o interferencia entre lo que se debe hacer y aquello que no se debe hacer se da en el fuero interno del sujeto. Por eso, la moral es una manera subjetiva y unilateral de conceptuar, valorar y comprender la conducta. Encontramos que hay muchas acciones posibles, que no contradicen el deber moral. Pero hay algunas que van contra el deber moral y de acuerdo con el criterio de moralidad, tendrían que ser Omitidas (La Moral me dice debo omitir), como lo que no puede hacer porque contradice el Deber. Hasta aquí, solo hemos contrapuesto a una cierta acción o hacer del sujeto, la omisión de otras acciones que pudo hacer el mismo sujeto. Pero existe también otra manera, otra posibilidad de enfocar éticamente la misma acción contrastándola con las acciones que pueden hacer otros sujetos. En esta forma, el hacer de alguien es encarado en su relación o (interferencia) con el impedir por parte de otros sujetos. Por eso, se dice que el Derecho es un modo intersubjetivo (o bilateral) de conceptuar, valorar, y comprender la conducta. Cuando se afirma que alguien puede, jurídicamente, hacer algo (posibilidad, derechos) se quiere decir que los demás no deben impedirselo (imposibilidad, deberes).

En el ámbito del Derecho, los derechos de uno no se conciben si no es en correspondencia con los deberes de otro. En cambio referido a otros sujetos (la acción de un sujeto referida a otro) por un lado sigue habiendo muchas acciones posibles (que no entran en conflicto con alguna racionalidad ética), pero cuando entran en conflicto, parecería que entran en conflicto con las demás libertades. En este último caso la negación de la acción no es una omisión sino un impedimento, establecido por el Derecho como una limitación.

La Posición Iusnaturalista sostendría que lo ideal u óptimo, sería que toda omisión coincidiera con un impedimento. En síntesis, Del Vecchio señaló que en la conducta se puede ver una interferencia subjetiva del obrar y una interferencia intersubjetiva del obrar. Cuando se habla de interferencia subjetiva del obrar se refiere a la interferencia que se plantea entre diversas acciones que se presentan a la conducta, de estas acciones sólo se podrá elegir una y se rechazarán todas aquellas que resulten incompatibles con

la elegida. La Moral es así interferencia subjetiva del obrar, es decir, tomando el sujeto y sus posibilidades hay interferencia entre la acción elegida y las demás que se omiten. Lo omitido y lo elegido están en interferencia subjetiva; en cambio, el Derecho se ocupa de la interferencia intersubjetiva, es decir, para hablar de Derecho tenemos que suponer siempre otro sujeto. Cabe agregar que para él, no hay conductas irrelevantes, cualquier conducta siempre tiene relevancia jurídica. Y esto es natural, puesto que si nuestro existir es siempre un “coexistir”, este coexistir nos lleva a la interferencia intersubjetiva tan pronto como alguien puede impedir nuestra conducta.

Siguiendo este recorrido histórico, no podemos dejar de destacar, la idea que sobre esta cuestión, manifestaría Hans Kelsen (1934). El autor antes mencionado, plantea su tesis desde un punto de vista estrictamente jurídico, inaugurando en el siglo XX una ciencia pura del derecho. Su interés primario fue delimitar el conocimiento del Derecho como un fenómeno autónomo de cualquier otra consideración psicológica, sociológica, ética o ideológica separando radicalmente, el Derecho de la moral o de cualquier otra “contaminación” extra-legal y hacerlo, así, “puro”. Afirma que el derecho es un sistema normativo que regula conductas a través de motivaciones indirectas, es decir, por medio de sanciones que enlazan ventajas a su observancia o desventajas a su inobservancia. Aunque los sistemas morales también suelen enlazar ventajas o desventajas (por ejemplo, la aprobación o reprobación pública), la diferencia con el derecho está en que la sanción jurídica es definida, mientras que la sanción moral es espontánea y difusa, esto es, no señalada expresamente ni atribuida a un órgano específico.

En nuestro país, precisamente en la Universidad de La Plata primero y luego en la Universidad de Buenos Aires tuvimos un relevante autor argentino que, siguiendo en gran parte los lineamientos Kelseanianos de la Teoría Pura de 1934 (1era. Versión), se aparta en la consideración del objeto derecho y en lo referido a la inclusión o no de los valores en el Derecho, afirmando que los mismos lo integran. Desarrolla una teoría axiológica jurídica en la cual desarrolla el Plexo Axiológico, Carlos Cossio (1903-1987) considera al derecho como un objeto cultural, el valor es un carácter ontológico del mismo.

Este autor presenta una estructura radial del plexo axiológico, en base a una novedosa interpretación de las concepciones axiológicas de Platón y Aristóteles sobre la justicia, integrada con elementos derivados de la filosofía de Heidegger (1889-1976)

Scheler, y Hartmann. La Justicia deja de ser considerada una virtud moral totalizadora y armonizante (Platón), para ser presentada como un valor específico de conducta bilateral (alteridad) esencialmente ligada a todos y cada uno de los restantes valores de bilateralidad (poder, paz, orden, seguridad, cooperación y solidaridad).

Los valores que son siete, incluida la justicia, con su doble significación: de justicia totalizadora o de equilibrio (la justicia platónica) y de justicia racional (la justicia aristotélica); el orden y la seguridad, valores de la coexistencia como circunstancia; el poder y la paz, valores de la coexistencia en cuanto a personas; y la cooperación y la solidaridad, valores de coexistencia en cuanto a sociedad. De esos valores, algunos son fundantes o de autonomía - *Seguridad, Paz y Solidaridad*- éstos son débiles pero dignos siendo muy difícil que se mantengan incólumes, por eso surgen los valores fundados o de heteronomía - *Cooperación, Orden y el Poder* – menos dignos, pero que funcionan para fortalecer los valores autónomos, cuando éstos entran en crisis.

Cossio (1964), parte del axioma ontológico de la libertad “todo lo que no está prohibido está permitido”. La seguridad como valor primigenio es el que surge cuando nos sentimos protegidos por lo que nos circunda, a medida que los seres humanos que nos rodean no hacen hostil esa circunstancia. Cuando aparece el factor riesgo. Entonces, surge el desvalor inseguridad, que puede ser neutralizado por su valor correspondiente de heteronomía que es el orden, pero a su vez el orden puede no solucionar el riesgo y es cuando surge el desorden como desvalor, por defecto –Aristóteles- y entonces cualquier estrategia que se haya planificado fracasa. Pero puede ser que por exceso, surja otro desvalor, el ritualismo, que se da cuando la seguridad que se intenta restablecer es sobredimensionada, al punto que los hombres no pueden realizar ninguna acción naturalmente sin caer en una regulación innecesaria.

El segundo plano que se presenta es el de la coexistencia como persona, el valor autónomo que se puede ver afectado es la Paz, racionalmente, todo ser humano desea vivir en ese estado, pero muchas veces surgen conflictos que provocan el desvalor discordia, ante esa situación necesitamos controlar la discordia, es entonces cuando recurrimos al valor Poder para restablecer la Paz, pero, cuando ese objetivo no se logra, pueden suceder dos cosas: que entremos en el desorden (por defecto), por impotencia o que nos excedamos en el uso del poder y entonces caigamos en la opresión “cuando la represión deja de ser defensa para tornarse en ofensa”.

En la coexistencia como sociedad, se refiere, a la suerte

común de un grupo humano con tendencias asociantes o disociantes, en el primer caso, existe la solidaridad como valor fundante, pero, cuando sentimos al próximo como un extraño, entonces aparece la denominada secesión (por apartarnos del resto o por el retraimiento) que es el segundo caso, entonces, se recurre a la cooperación para superarla, para restablecer la solidaridad perdida. Pero, puede suceder que se caiga en el desvalor por exceso que es la masificación o, por defecto, que es la minoración, en el primer supuesto perdemos nuestra personalidad y en el segundo, la cooperación fracasa, ya que la secesión no pudo ser neutralizada por la cooperación.

Posterior a Cossio fue LonFuller (1964) quien califica a la moral interna del derecho como la moral que hace posible el derecho. Entre otras palabras, los cánones que configuran dicha moral introducen dimensiones de moralidad en la estructura del ordenamiento jurídico que son, desde su enfoque, ineludibles para sí. Se trata, de una moral procedimental en el sentido de que los elementos que la componen son formales, esto es, son requisitos dirigidos a las normas jurídicas con la finalidad de que respeten determinados aspectos o dimensiones estructurales. Asimismo y por intermedio de la moral interna del Derecho, este autor, alcanza su objetivo de conectar el Derecho y la Moral.

Otros de los modelos es el que ofrece MacIntyre (1992) concebido básicamente como una crítica a la modernidad. A su juicio, el principal problema de la modernidad es que ha resuelto ser un proyecto político, científico y moral “desordenado”, basado en el principio de libertad negativa que, a su juicio, es una renuncia definitiva a cualquier manera de decidir entre las argumentaciones rivales, por lo que las disputas éticas se presentan necesariamente interminables. Según el autor, el origen de este principio de libertad, está en la ética Kantiana y su tesis de la autonomía del agente moral, que establece que el deber moral de las personas se separa por completo de su conexión con el cumplimiento de un papel determinado o la realización de las funciones de un cargo particular. Esto significa que los individuos modernos se guían por criterios puramente autónomos, basados en patrones personales y que, por tanto, no puede ser juzgados sino es de forma universal y abstracta, esto es, a partir de criterios formales y carentes de cualquier lógica sustantiva. A su juicio, este hecho ha provocado que la modernidad sea un caos de relativismo, una especie de “espanto moral”, en el que es imposible establecer un criterio material que fundamente los valores y oriente las acciones de las personas. Esta opción errática de la modernidad, que él denomina “emotivismo” fue adoptada por

el Liberalismo Filosófico con el objetivo de lograr la liberación humana frente a lo que parecía ser la autoridad externa de la moral tradicional.

Desarrollado el recorrido histórico, seguidamente analizaré las tesis de la separación y conexión entre el Derecho y la Moral. Todas las teorías positivistas argumentan a favor de la tesis de la separación. Esta dice que el concepto de Derecho se define de manera que no incluye ningún elemento de la Moral. Para una teoría positivista, sólo quedan dos elementos definitorios: el elemento de la decisión de la autoridad y el elemento de la efectividad social.

Todas las teorías no positivistas argumentan en favor de la tesis de la conexión. La tesis de la conexión tiene por objeto definir el concepto de Derecho incluyendo elementos de la Moral. Ningún no positivista excluye del concepto de Derecho los elementos de la decisión de la autoridad y la efectividad social.

Las tesis de la separación y de la conexión nos dicen cómo ha de ser definido en concepto de Derecho. De esta manera, los argumentos que pueden aducirse en favor de ellas pueden categorizarse en: argumentos analíticos, argumentos empíricos y argumentos normativos.

El principal argumento analítico a favor de la tesis positivista de la separación es que no hay un nexo conceptualmente necesario entre el Derecho y la Moral, es decir, entre cómo es el Derecho y cómo debe ser. Este argumento es catalogado como “la tesis de la separación”. Tanto esta tesis como la tesis de la conexión se sostienen con un argumento normativo, cuando se señala que es necesaria la exclusión o la inclusión de elementos de la Moral en el Derecho se hace para cumplir con una norma o alcanzar cierto objetivo. Las conexiones o separaciones que se justifican de esta manera, pueden llamarse “normativamente necesarias”.

El positivismo tiene buenas razones para transferir el problema a un nivel normativo. La tesis positivista de la separación dice que el concepto de Derecho debe definirse de tal manera que excluya elementos morales en todas sus aplicaciones. La tesis de la separación sólo podría basarse en argumentos analíticos si la inclusión de la moral fuese conceptualmente imposible en todas sus aplicaciones.

Lo único que puede probarse por argumentos analíticos es el hecho de que hay algunas aplicaciones del término “derecho” en los que la Moral no puede ser incluida por razones conceptuales.

De esta manera, podemos detectar vinculaciones y no vinculaciones entre el Derecho y Moral, depende la dirección

teorética en la que nos apoyemos será el ideal que sostendremos, yo considero que existe una vinculación conceptual entre éstos, que más allá que presenten caracteres distintos pero que los individualizan e identifican, su conexión es general.

En la actualidad distintos autores a nivel internacional sostienen la existencia de una conexión necesaria entre el Derecho y la Moral, pero de muy diversas maneras: Robert Alexy, Ronald Dworkin, John Rawls y Carlos Santiago Nino que serán motivo de un futuro artículo.

CONCLUSIÓN

Traté de realizar una tarea de divulgación sobre diversos temas complejos de gran actualidad como son: la axiología, aspectos parciales de las teorías éticas y sus relaciones con el Derecho.

Encontrándonos en una Facultad de Cs. Jurídicas, se intentó a través de este escrito vincular la problemática axiológica con el Derecho, tópico que muchas veces es ignorado o dejado de lado, siendo que nuestro análisis se corresponde a una perspectiva amplia del fenómeno jurídico, por ello tampoco abordamos la totalidad de la cuestión axiológica que también se ocupa de analizar la problemática de la esencia y posibilidad de los valores jurídicos, su determinación y caracterización.

Esto conduce a concluir que la axiología además de ser uno de los temas centrales que tiene la filosofía, permite a toda la comunidad científica y también a los operadores jurídicos una mejor integración y valoración en los problemas respectivos, desde que posibilita su planteamiento y la solución de los mismos sobre la base de lo aportado por quienes desarrollaron en el pasado una interesante tarea, permitiendo el surgimiento, integración y fundamentación de nuestros sistemas, considerando además que el Derecho cuenta entre sus objetivos primordiales la realización de la Justicia.

Por todo ello creo que esta introducción, permite comprender mejor cualquier temática axiológica que los estudiantes, en general, aborden en su análisis crítico de la realidad.

BIBLIOGRAFÍA

COSSIO, Carlos (1964): *“Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad”*, Ed. Abeledo Perrot.

CUETO RÚA, Julio César (1981): *“Algunos aspectos de la dinámica del plexo axiológico”*, conferencia dada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La

Plata.

DEL VECCHIO, Giorgio (1991): "*Filosofía del Derecho*", Ed. Bosch.

FRONDIZI, Risieri (1990): "*Qué son los valores*", México, Ed. Fondo de Cultura Económica.

FULLER, Lon (1964): "*La moral del derecho*", 1ª edición, trad. de F. Navarro, México.

HART, Herbert (1962): "*Derecho y Moral*" Contribuciones a su Análisis. Ed. Buenos Aires. Traducción Genaro Carrió.

HART, Herbert (1963): "*El Concepto de Derecho*". Ed. Buenos Aires. Traducción de Genaro Carrió.

HOSPERS, John (1976): "*Introducción al análisis filosófico*", Madrid, Ed. Alianza.

KANT, Emmanuel (1928): "*Crítica de la Razón Pura*", Madrid, Ed. V. Suarez.

KELSEN, Hans (1934): "*Introducción a la Teoría Pura del Derecho*", Buenos Aires, Ed. Eudeba.

MACINTYRE, A. (1992): "*Tres versiones rivales de la ética*", Madrid, Rialp.

MALIANDI, Ricardo (1993): "*Panorama de la ética actual*". Anuario de Filosofía Jurídica y Social – Asociación Argentina de Derecho Comparado N° 13. Buenos Aires. Ed. AbeledoPerrot. Págs. 69/77.

ROSS, ALF (1963): "*SOBRE EL DERECHO Y LA JUSTICIA*", BUENOS AIRES, ED. EUDEBA.

SCHELER, Max (1942): "*Ética*", Madrid, Revista de Occidente.

THOMASIUS, Christian (1994) "*Fundamentos del derecho natural y de gentes*", Ed. Tecnos.

UNA MIRADA A LA RESPONSABILIDAD MÉDICA A TRAVÉS DE LA LEY SOBRE DERECHOS DE LOS PACIENTES

Pamela Liz DE LA IGLESIA¹

Durante mucho tiempo, la ausencia de una norma que contemplara los derechos de los pacientes, en forma genérica, motivó la labor de la doctrina para dar respuestas a las problemáticas que encierra el ejercicio de la medicina al estar involucrado un derecho fundamental de toda persona, “la salud”, centrándose principalmente en los “deberes de los médicos”. Es sabido, que todo deber conlleva un derecho, por ello es interesante enfocar la mirada desde otro ángulo, es decir, desde los derechos de los pacientes en un intento por concientizar acerca de lo que ello significa. En este sentido la ley 26.529 sobre Derechos de los Pacientes, de orden público, ha venido a traer luz al respecto.

Una de las conquistas más importantes de esta ley fue consagrar, en forma genérica, el deber de obtener el consentimiento informado del paciente antes de realizar cualquier procedimiento o intervención, de modo tal que se garantice su derecho a elegir y a decidir sobre su propio cuerpo. A su vez el legislador previó el derecho a la información que debe preceder a tal consentimiento como un derecho esencial. Éstos son solo algunos de los puntos más importantes de la ley que se desarrollan a continuación.

I. NOCIONES PREVIAS

Antes de comenzar a analizar los aspectos más sobresalientes de la ley sobre Derechos de los Pacientes y su incidencia en materia de

¹ Abogada. Egresada de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de La Pampa. Email: pameladelaiglesia@hotmail.com

responsabilidad médica, es preciso detenernos en algunas nociones previas. En primer lugar hay que señalar que los profesionales de la salud pueden incurrir en diferentes tipos de responsabilidad: civil, penal y disciplinaria.

La responsabilidad civil médica constituye un capítulo dentro de la responsabilidad en general, por ende, se halla sujeta a iguales requisitos. Si el galeno, faltando a los deberes propios de su profesión ocasiona un daño por acción u omisión, culposa o dolosa, que le es imputable según las reglas de la causalidad debe resarcirlo. El factor de atribución, comúnmente, es subjetivo. Sin embargo, y aunque es menos frecuente puede ser objetivo.

En la mayoría de los casos la responsabilidad asumida por el médico es de naturaleza contractual, excepcionalmente puede ser extracontractual.

De todos modos, independientemente de cuál sea el origen de la prestación médica, el profesional de la salud, siempre debe ajustar su accionar a la *lex artis*².

El ejercicio de la medicina se encuentra regulado por la ley 17.132 aplicable en el ámbito federal y en las provincias que adhirió a la misma. Pero no es la única norma que establece deberes a cargo del médico. La ley 26.529 sobre Derechos de los Pacientes impuso por ejemplo, como ya adelante, el deber de informar y de obtener el consentimiento en forma genérica. Si bien, estas obligaciones ya formaban parte de la prestación médica por imperativo del artículo 1198³ del Código Civil e incluso se exigían ante determinadas ocasiones, con la sanción de dicha ley quedaron expresamente consagradas.

La obligación asumida por el médico frente a sus pacientes, independientemente de la especialidad de que se trate, es de medios no de resultados⁴. Lo cual significa que su obligación consiste en poner al servicio del paciente todos sus conocimientos y actuar con la prudencia y diligencia que su estado requiere. Sin embargo, en

2 Criterio valorativo cuyo objeto, consiste en determinar el estándar de práctica profesional considerada normal para cada caso, estableciendo la conducta general del facultativo promedio ante un caso similar.

3 QUIRÓS, Pablo: “La culpa médica y el incumplimiento de deberes profesionales. Su revitalización a partir de la ley de derechos del paciente”. *LLGran Cuyo*, 119 (2011)

4 La ley 17.132 prohíbe a los profesionales que ejercen la medicina anunciar o prometer la curación o la conservación de la salud (art. 20). A su vez, el artículo 208 inc. 2º del Código Penal reprime con prisión de quince días a un año a todo aquel que, “con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, anunciare o prometiére la curación de enfermedades a término fijo o por medios secretos o infalibles”.

todo acto médico existen riesgos inherentes. En este sentido, es de fundamental importancia el deber de informar que recae sobre los mismos y la obtención, salvo circunstancias excepcionales, del consentimiento antes de realizar cualquier procedimiento o intervención aunque, como veremos, el deber de informar es mucho más amplio. Además, si pese a la obtención del consentimiento informado, el médico ocasiona un daño que le es imputable según las reglas de la causalidad debe resarcirlo.

II. CONSENTIMIENTO INFORMADO

¿Que es? La ley 26.529 sobre Derechos de los Pacientes en su Art. 5° lo define:

“Entiéndase por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento”.

Como puede observarse el artículo hace referencia a “**la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales**” ¿que debe entenderse por declaración de voluntad **suficiente**? Para dar repuesta a este interrogante es

necesario realizar una interpretación armónica con el resto de las disposiciones legales sobre todo con aquellas referidas al deber de informar y a la legitimación para prestar el consentimiento. Si observamos, seguidamente se hace referencia a la **información** que debe ser dada previamente por el profesional interviniente con lo cual podríamos decir que, la información previa acerca de los puntos que la misma ley enuncia a modo de guía para los profesionales de la salud y llegado el caso para el juez que deba entender en un litigio por mala praxis médica, es uno de los requisitos necesarios que deben concurrir para que ese consentimiento sea válido. Además, debe ser prestado por una persona competente. El derecho a la información garantiza que el paciente pueda elegir libremente de acuerdo a sus convicciones.

En principio es al paciente a quien le corresponde prestar el consentimiento no obstante, hay supuestos en donde el mismo puede ser dado por una persona distinta.

A través de estas disposiciones lo que se busca es garantizar el respeto por la autonomía de la voluntad que es el eje sobre el cual gira esta norma.

Por su parte Highton y Wierzba⁵ sostienen que el consentimiento informado consiste en: “una declaración de voluntad efectuada por un paciente, quien, luego de recibir información suficiente referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención”.

A partir de fines del siglo XX el auge de la bioética ha generado una revalorización del derecho a la autodeterminación. Atrás quedó el predominio de ideas paternalistas que concebían al médico como una especie de todopoderoso que decidía según su criterio sin consideración de la voluntad del paciente. Hoy en día, prevalece el principio de autonomía⁶, el respeto por el derecho del

5 HIGHTON- WIERZBA (2005-2007) “Responsabilidad Por Consentimiento Informado” en Código Civil de Alberto J. Buera, Elena Highton: *Código Civil Y Normas Complementarias Análisis Doctrinal Y Jurisprudencial, T. IVA*. Buenos Aires: Hammurabi 1a. ed., 2a. reimpr., pág. 794.

6 Según VIVIÁN ROCCA, Claudia, “El principio de autonomía es la base moral de la doctrina del consentimiento y rechazo informado”. (VIVIÁN ROCCA, Claudia: “El principio de autonomía”. *Revista de la Sociedad de Ética en Medicina*, 10 (2004): 14.)

paciente sobre su propio cuerpo, por la libertad de elección.

En este sentido la ley 26.742 sancionada recientemente a llevado este principio a su máxima expresión facultando a toda persona que padece una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, a rehusar todo tratamiento encaminado a lograr el mantenimiento o prolongación de la vida de manera artificial. Podremos o no estar de acuerdo con esta disposición, porque lo cierto es que, la salud, siempre ha sido considerada no solo como un derecho individual sino además como un derecho social e incluso se a cuestionado si constituye o no un bien disponible, pero lo que no podemos es negar que el principio de autonomía ha sido garantizado de un modo impensable años atrás dada la ideología imperante por ese entonces.

El consentimiento informado está catalogado como un derecho humano fundamental y es obligación de los médicos la obtención del mismo previamente a la realización de cualquier procedimiento o intervención lo cual exige, que se cumpla con otro deber que es el de informar. El derecho a la información ha sido consagrado por la ley sobre Derechos de los Pacientes como uno de los derechos esenciales que le asisten al paciente.

El deber de obtener el consentimiento cesa, por disposición del artículo 9 de la ley 26.529, únicamente cuando mediere:

- a) grave peligro para la salud pública;
- b) una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales.

Fuera de los supuestos expresamente mencionados, que deben ser interpretados con carácter restrictivo, la omisión de esta obligación de carácter legal constituye falta grave y el profesional será pasible de sanción disciplinaria sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pudiera corresponder. Por el contrario "*Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma*", (art. 11 bis). Salvo que, pese a haber obtenido el consentimiento, exista daño que le sea imputable según las reglas de la causalidad. (VÁZQUEZ FERREYRA, 2005-2007:829)

III. DEBER DE INFORMAR

La ley sobre Derechos de los Pacientes contempla, en su artículo 3 °, el **derecho a la información sanitaria**.

Consecuentemente pone en cabeza del profesional interviniente el deber de informar al enfermo sobre: su estado de salud, los estudios, tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos.

“En el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender la información a causa de su estado psíquico o físico, la misma será brindada a su representante legal o, en su defecto, al cónyuge que conviva con él, o a la persona que, sin ser su cónyuge, conviva o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo y a los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad”, (art. 4 ley 26.529).

A su vez el artículo 5º del mismo cuerpo legal enumera los puntos que deben ser informados antes de obtener el consentimiento. Sin perjuicio de otros aspectos que a criterio del facultativo, deban darse a conocer para prevenir eventuales reclamos por responsabilidad.

La información, según se desprende de la ley, debe ser dada de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, salvo que se niegue a recibirla. Si así fuera, los profesionales de la salud deberán dejar constancia de esta decisión en la historia clínica a fin de evitar incurrir en responsabilidad profesional o de otro tipo (Art. 21, ley 26.529).

Trigo Represas y López Mesa⁷ consideran que el criterio para determinar qué se debe informar ha de ser la razonabilidad. Hay que buscar el justo medio entre dos extremos: el exceso y el defecto de información.

Respecto a los riesgos, la ley no diferencia y como “donde la ley no distingue no debemos distinguir” de ello surge que absolutamente todos deben ser informados. Con anterioridad a la sanción de esta ley la doctrina clasificaba los riesgos según magnitud y posibilidad de materialización poniendo en cabeza del profesional interviniente el deber de informar aquellos riesgos mas significativos sucedan o no a menudo como así también los menos significativos pero que ocurren frecuentemente y los riesgos personalizados en función del estado de salud de cada uno quedando exentos de informar aquellos riesgos insignificantes y de escasa ocurrencia. Distinción que parece más acertada, de otro modo la labor de

7 TRIGO REPRESAS, Félix - LÓPEZ MESA, Marcelo (2008) *Tratado De La Responsabilidad Civil: El Derecho En La Actualidad, Teoría Y Práctica*. Buenos Aires: La Ley 1a. ed., 2a. reimpr., pág. 327.

los profesionales de la salud se volvería muy dificultosa, además quien lo desee puede realizar una interconsulta. Expresamente este derecho aparece mencionado en la ley 26.529. A tal efecto, podrá requerirse que la información sanitaria sea dada por escrito. Igualmente, no por ello el facultativo queda eximido de informar de manera suficiente, sin esperar la formulación de preguntas. Será el juez quien ante un eventual litigio deberá determinar si este deber ha sido o no cumplido de manera satisfactoria según las circunstancias de cada caso. Pero lo cierto es que, al no ser la medicina una ciencia exacta, la línea que separa aquello que debe ser informado de lo que no es muy delgada.

Una vez cumplido el deber de informar el paso siguiente es la obtención del consentimiento. De lo contrario éste último estará viciado y el acto médico se torna ilegítimo⁸. Solo después de que se han conocido las ventajas y desventajas del tratamiento propuesto se puede optar libremente por aceptarlo o rechazarlo.

Corresponde aclarar que el deber de informar comprende, no solo la etapa anterior a la prestación médica sino también la etapa posterior. Así lo entendió el máximo tribunal de la Provincia de Mendoza, sala I en fallo caratulado “Valles, Lidia c Cerutti, Rosana y otros”⁹. En este caso la actora demandó al médico por la pérdida de la visión de un ojo sufrida a raíz de una complicación durante la operación de cataratas que el profesional interviniente omitió informar. Según surge de la causa únicamente se comunicó que podían surgir complicaciones de la intervención pero sin especificar cuáles. Del consentimiento informado se desprende que sólo se informó, a grandes rasgos, la posibilidad de que surgieran inconvenientes. Además, quedó probado que no se adoptaron las medidas de precaución que hubieran evitado la lesión sufrida por la actora. Todo ello sumado al incumplimiento del deber de informar posterior a la intervención ya que el médico debería haber informado personalmente acerca de las complicaciones surgidas en el transcurso de la intervención quirúrgica que derivaron en la pérdida de la visión de un ojo, motivó el pronunciamiento de la Cámara que dejó sin efecto la sentencia de primera instancia y reconoció el derecho de la actora a una indemnización por los

⁸ Opinán así TRIGO REPRESAS, Félix- LÓPEZ MESA, Marcelo, Ob. cit. y QUIROS, Pablo, Ob. cit.

⁹ SCJ de la Prov. de Mendoza, Sala I, 5/10/2010, “Valles, Lidia c. Cerutti, Rosana y ots”, LLGran Cuyo, 120 (2011).

perjuicios padecidos. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza confirmó el fallo.

IV. LEGITIMADOS PARA DAR EL CONSENTIMIENTO

Si el paciente, por ser incapaz o por sufrir algún impedimento físico o psíquico no pudiera expresar por sí su voluntad, se requerirá el consentimiento de las personas que menciona el artículo 21 de la ley 24.193 en ese orden de exclusión siempre que sean plenamente capaces (art. 6º ley 26.529). Lo determinante es que el paciente o en su defecto quien corresponda, comprenda la información para luego poder decidir al respecto. Por ello, la ley exige que la misma sea brindada en forma clara, precisa y de acuerdo a la capacidad de comprensión del paciente. Dicha obligación se hace extensiva aún para los supuestos en que el paciente sea incapaz, independientemente de que en estos casos la información también deba ser suministrada a su representante legal¹⁰.

En la opinión de Highton y Wierzba¹¹ el consentimiento informado no supone un acto jurídico sino una manifestación de voluntad. Con el vocablo capacidad se hace referencia a la posibilidad del sujeto de expresar su voluntad una vez comprendido el acto médico, sus consecuencias y haberlo analizado en relación a otros. Independientemente de la capacidad legal requerida para celebrar el contrato médico.

Otro sector de la doctrina¹² prefiere hablar de **competencia** por considerarlo un término más apropiado. Importa que el enfermo comprenda lo que se le está informando, es decir, que pueda **discernir**. La edición de 1984 del manual de Ética del Colegio de Médicos Americanos dispone que “*el consentimiento consiste en la explicación dada a un paciente atento y normalmente competente...*”. Así una persona jurídicamente incapaz, como puede ser un menor, si goza de discernimiento podría decidir al respecto. El derecho del menor a ser oído ha sido reconocido, internacionalmente, por la Declaración de los Derechos del Niño que goza en nuestro ordenamiento jurídico de jerarquía constitucional. A nivel interno la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en su artículo 24 reza:

10 Así lo establece el decreto reglamentario de la ley 26.529 N° 1089/2012 en su Art. 2 inc. f

11 HIGHTON – WIERZBA, Ob. cit.

12 Opinan así KEMELMAJER DE CARLUCI, Aída y BORDA citados por HIGHTON – WIERZBA, Ob. cit.

“Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo”.

En armonía con ésta norma la ley 26.529 les acuerda el derecho a intervenir, en los términos de la Ley 26.061, a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

El decreto 1089/2012 que reglamenta la ley 26.529 aclara que, los profesionales de la salud deberán tener en cuenta la opinión de los menores según su **“competencia y discernimiento”**. Además prevé que, en el supuesto de que se genere un conflicto entre la voluntad expresada por el menor y la de sus representantes legales, o entre ellos, el profesional deberá elevar, cuando correspondiere, el caso al Comité de Ética de la institución asistencial o de otra institución si fuera necesario, para que emita opinión, en un todo de acuerdo con la Ley N° 26.061. De este modo se busca equilibrar los intereses en juego del menor y el de sus padres en miras al ejercicio de la patria potestad que les corresponde o en defecto de éstos, los intereses del menor y los de su/s representante/s.

Ante situaciones de este tipo siempre habrá que estar al **“interés superior del menor”** y resolver según lo que sea mas favorable para el mismo.

A su vez toda persona capaz o competente, y en su defecto quien por ley corresponda, puede revocar la decisión tomada en relación al tratamiento a seguir. Los profesionales intervinientes deberán proceder conforme a la voluntad del paciente dejando constancia en la historia clínica. La legislación vigente, en la materia, fija las pautas a seguir en estos casos.

V. FORMA DE EXPRESIÓN

No existe obligación de instrumentar el consentimiento por escrito, sino en los supuestos previstos legalmente aunque, resulta conveniente a los efectos probatorios. Nada obsta a que éste sea dado verbalmente. La ley sobre Derechos de los Pacientes expresamente dice que el mismo será verbal¹³ salvo, determinadas excepciones:

¹³ El artículo 7 del decreto 1089/12 establece que cuando el consentimiento informado sea otorgado en forma verbal, el profesional tratante, deberá asentar en la historia clínica la fecha y alcance de cómo y sobre qué

a) Internación; b) Intervención quirúrgica; c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; e) Revocación. f) En el supuesto previsto en el inciso g) del artículo 5° deberá dejarse constancia de la información por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto.

Vázquez Ferreyra¹⁴ afirma:

“por empezar, el consentimiento informado es un proceso prolongado que se va dando entre profesional y paciente, que luego deberá instrumentarse en algún documento. El documento por excelencia es la historia clínica o la ficha médica del paciente.

Siempre insistimos que valen mucho más unas línea manuscritas en la historia clínica confeccionadas por el médico tratante en las que se deja constancia de haberse informado al paciente de los riesgos y ventajas de un tratamiento y sus posibles alternativas que un formulario preimpreso de varias hojas que el paciente tuvo que firmar al ingresar al establecimiento”.

Si se recurre, como suele suceder, a la utilización de formularios que responden a patrones genéricos estamos frente a un contrato de adhesión, insuficiente para probar que el paciente conocía las características y consecuencias de una u otra posibilidad diagnóstica o terapéutica en atención a su estado de salud.

La ley sobre Derechos de los Pacientes incluye al consentimiento informado entre los documentos que junto con otros integran la historia clínica.

VI. RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA NO OBTENCIÓN DEL CONSENTIMIENTO.

¿Que sucede si se materializa un riesgo que no ha sido informado? ¿El profesional interviniente, deberá responder por la totalidad del daño sufrido? Para Pablo Quirós¹⁵ el médico que omitiese informar sobre los riesgos previsibles asume, unilateralmente, la responsabilidad por los menoscabos que resulten del tratamiento o de la intervención quirúrgica practicada, aún

práctica operó el mismo.

14 VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (2005-2007) “El Consentimiento Informado En La Práctica Médica” en Código Civil de Alberto J. Bueres, Elena Highton: *Código Civil Y Normas Complementarias Análisis Doctrinal Y Jurisprudencial, T. IVA*. Buenos Aires: Hammurabi 1a. ed., 2a. reimpr., pág. 839.

15 QUIRÓS, Pablo, Ob. cit.

cuando su actuación haya sido diligente. Se funda en el derecho del paciente a la autodeterminación, y su imposibilidad de ejercicio. Lo mismo si la información ha sido dada de manera incompleta. En otro sentido¹⁶, se ha interpretado que solo se debe indemnizar la lesión a ese derecho personalísimo, no la totalidad del daño padecido como consecuencia de la realización del riesgo debido a la ausencia de nexo causal entre la falta del consentimiento y el resultado final que puede obedecer a caso fortuito.

“La omisión de obtener el consentimiento informado, si bien constituye una afrenta a la autonomía del paciente y como tal una lesión a los derechos de la personalidad, no significa que los médicos hayan causado el daño, pues la lesión no obedece a culpa de los profesionales sino que constituye un riesgo propio¹⁷.” (C.N. Civ. Sala E (1/11/11))

El facultativo se exime de obtener el consentimiento, únicamente, en los supuestos previstos en la ley. Aunque, no se ha contemplado qué pasaría en aquellos casos donde la buena práctica médica aconseja extender la actuación más allá de lo consentido y el paciente se encuentra imposibilitado de manifestar su voluntad. Una solución podría ser requerir el consentimiento de los familiares que muchas veces suelen acompañar. Si no fuera factible habría que distinguir si existía o no un **estado de necesidad**¹⁸ que justificara el accionar del médico.

La carga de la prueba de la obtención del consentimiento recae sobre el médico. Si el profesional de la salud alega, para eximirse de responsabilidad, que el paciente conocía las consecuencias posibles de la intervención debe probarlo. De todos modos, la otra parte podría presentarlo en juicio al efecto de demostrar que no se tuvieron en cuenta las particularidades de su caso como prueba de la negligencia del profesional actuante. La ley 26.529 le reconoce al paciente la titularidad de la historia clínica, y lo faculta a requerir copia autenticada de la misma, la cual deberá serle suministrada dentro de las 48 hs de realizado el pedido, salvo

16 VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., Ob. cit.

17 CNCiv., Sala E, 01/11/11, “*Loria De Barbieri, Juana c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires - Hospital Italiano y otro s/ daños y perjuicios*”, Boletín Trimestral de Jurisprudencia, CNCiv, N° 3(2011):43

18 Esta causal eximente de responsabilidad ha sido receptada en el Anteproyecto del nuevo Código Civil y Comercial unificado, sin embargo, está previsto que aún en estos casos el juez puede fijar una indemnización a favor del damnificado si lo considerase equitativo.

casos de emergencia. De esta manera, se facilita al paciente un elemento de prueba fundamental y decisivo contribuyendo a lograr la igualdad procesal de los litigantes. Ya vimos que el consentimiento informado es uno de los documentos que forman parte de la historia clínica.

VII. LA HISTORIA CLÍNICA

El artículo 12 de la ley 26.529 da una definición acerca de lo que debe entenderse por historia clínica, al respecto dice: “A los efectos de esta ley, entiéndase por historia clínica, el documento obligatorio cronológico, foliado y completo en el que conste toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud”.

A su vez el artículo 15 indica los asientos que deben constar en la misma los cuales, y a excepción de los casos de la historia clínica informatizada, deberán ser suscriptos de puño y letra por quien los redacta, al efecto de poder identificar quién es el responsable del mismo, con el sello respectivo o aclaración de sus datos personales y función.

Es importante que la historia clínica se mantenga actualizada y completa a fin de poder realizar un mejor seguimiento del paciente y llevar a cabo una atención que se corresponda con su estado de salud disminuyendo de ese modo, el margen de error. Por otra parte, la doctrina y jurisprudencia coinciden en que su confección incompleta constituye una “**presunción en contra**” de la pretensión eximitoria del profesional. De ahí, la importancia de que la misma sea completa de lo contrario, se convierte en una prueba prácticamente irrefutable y aunque por si sola sea insuficiente para determinar la culpa del galeno, es un medio de prueba trascendental en los juicios por mala praxis médica.

Además la reglamentación exige que los profesionales dejen constancia de la fecha y hora de su actuación. Con esta disposición se facilita, ante un eventual litigio, la determinación de la existencia o no de un nexo causal entre lo obrado y el daño sufrido por el paciente. También sirve al efecto de deslindar responsabilidades.

Todas estas disposiciones merecen ser aplaudidas pero, si hay algo para resaltar de esta ley es que le reconoce al paciente la **titularidad de la historia clínica** y lo faculta, como ya mencionamos, a petitionar copia de la misma la cual deberá serle suministrada en forma “**gratuita**” dentro de las 48hs de realizado el pedido salvo, casos de emergencia.

También se encuentran legitimados para solicitar copia, las

personas enumeradas en el artículo 19, previo cumplimiento de los requisitos indicados.

Frente a la negativa, demora o silencio del responsable que tiene a su cargo la guarda de la historia clínica el interesado puede ejercer la acción directa de “habeas data”. La ley 26.529 le acuerda este derecho a fin de asegurar el acceso y obtención de aquélla sin demoras. Es más, establece que en jurisdicción nacional, esta acción quedará exenta de gastos de justicia e invita a las provincias a adoptar igual medida.

Los establecimientos asistenciales públicos o privados y los profesionales de la salud, en su calidad de titulares de consultorios privados, revisten el carácter de meros depositarios de este documento debiéndolo conservar por un plazo mínimo de 10 años contado a partir de la última actuación registrada.

Dicho plazo se establece en virtud de que la responsabilidad contractual prescribe a los diez años¹⁹ (art. 4023 del C.Civ.).

Una vez vencido el mismo el depositario podrá, proceder a: hacer entregar de la historia clínica al paciente, llegar a un acuerdo con éste para continuar con su depósito, o proceder a su informatización, microfilmación u otro mecanismo idóneo para resguardar la información allí contenida. Si cumplido el plazo de ley el paciente no expresare interés en disponer del original de su historia clínica, podrá ser destruida toda constancia de ella.

VIII. CONCLUSIÓN

En síntesis podemos decir que el legislador a través de la ley sobre Derechos de los Pacientes ha reconocido, expresamente, derechos que si bien ya habían sido receptados jurisprudencial y doctrinariamente carecían de un texto legal que los contemplara en forma genérica. Sin duda esta ley marca un antes y un después e influye notoriamente en la que concierne a la responsabilidad de los médicos. Ahora los pacientes cuentan con una serie de herramientas que los colocan en una posición más equitativa respecto del profesional. La ley 26.529 pone en cabeza el profesional distintas obligaciones que en definitiva conducen a garantizar el derecho del paciente a la autodeterminación en lo que respecta a la propia salud. Podría incluso afirmarse que dicha ley tiene un “**fin tuitivo**” en cierta manera, busca proteger al paciente que es la parte más débil de

¹⁹ De todos modos hay que tener en cuenta que la prescripción no opera de pleno derecho y que puede ser renunciada.

la relación reconociéndole por ejemplo el derecho a la información y a manifestar su consentimiento antes de ser sometido a cualquier procedimiento o intervención. A su vez, le reconoce la titularidad de la historia clínica y lo faculta a requerir copia autenticada de la misma dándole, de este modo, la posibilidad de contar con un medio de prueba trascendental en todo litigio por mala praxis médica.

Ahora solo resta esperar que sus disposiciones sean respetadas y que estos derechos trasciendan el texto legal para pasar a formar parte de la realidad sin que sea necesario llegar a los estrados de tribunales.

BIBLIOGRAFÍA

BUERES, Alberto j., HIGHTON, Elena (2005-2007) *Código Civil Y Normas Complementarias Análisis Doctrinal Y Jurisprudencial, T. IVA*. Buenos Aires: Hammurabi 1a. ed., 2a. reimpr.

BUERES, Alberto j., HIGHTON, Elena (2005-2007) *Código Civil Y Normas Complementarias Análisis Doctrinal Y Jurisprudencial T. IVB*. Buenos Aires: Hammurabi 1a. ed., 2a. reimpr.

LOS ARCOS VIDAURRETA, Jesús D. (1999) *Lecciones De Obligaciones: (Ilustradas Con Jurisprudencia)*. Santa Rosa, La Pampa: UNLPam.

TRIGO REPRESAS, Félix - LÓPEZ MESA, Marcelo (2008) *Tratado De La Responsabilidad Civil: El Derecho En La Actualidad, Teoría Y Práctica*. Buenos Aires: La Ley 1a. ed., 2a. reimpr.

ARTÍCULOS EN LIBROS

HIGHTON- WIERZBA (2005-2007) “Responsabilidad Por Consentimiento Informado” en Código Civil de Alberto j. Bueres, Elena Highton: *Código Civil Y Normas Complementarias Análisis Doctrinal Y Jurisprudencial, T. IVA*. Buenos Aires: Hammurabi 1a. ed., 2a. reimpr.

VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., (2005-2007) “El Consentimiento Informado En La Práctica Médica” en Código Civil de Alberto J. Bueres, Elena Highton: *Código Civil Y Normas Complementarias Análisis Doctrinal Y Jurisprudencial, T. IVA*. Buenos Aires: Hammurabi 1a. ed., 2a. reimpr.

ARTÍCULOS EN REVISTAS CIENTÍFICAS

MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Daño a la salud”. *La Ley*, 1, (24/02/2011).

QUIRÓS, Pablo: “La culpa médica y el incumplimiento de deberes profesionales. Su revitalización a partir de la ley de derechos del paciente”. *LLGran Cuyo*, 119 (2011).

VIVIÁN ROCCA, Claudia: “El principio de autonomía”. *Revista*

de la Sociedad de Ética en Medicina, 10 (2004): 14.

JURISPRUDENCIA CITADA

“Valles, Lidia c. Cerutti, Rosana y ots”, SCJ de la Prov. de Mendoza, Sala I, 5/10/2010, *LLGran Cuyo*, 120 (2011).

“Loria De Barbieri, Juana c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires - Hospital Italiano y otro s/ daños y perjuicios”, CNCiv., Sala E, 01/11/11, *Boletín Trimestral de Jurisprudencia*, CNCiv, 3 (2011):43.

EL DERECHO DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES A SER ESCUCHADOS. SU PARTICIPACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS QUE PUDIESEN AFECTARLOS

Cecilia Andrea BERTOLÉ¹

Esteban TORROBA²

RESUMEN

El derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados y que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta en todo procedimiento judicial o administrativo que pudiese afectarlos constituye una herramienta fundamental para lograr percibir sus necesidades, deseos e intereses y poder protegerlos integralmente.

La República Argentina aún no ha logrado dismantelar las barreras jurídicas, políticas, económicas, sociales y culturales que inhiben la oportunidad de que niñas, niños y adolescentes puedan participar en forma efectiva y trascendente en esos procedimientos. Además de dar cumplimiento a sus obligaciones de respetar y garantizar el derecho, los Estados poseen la enorme responsabilidad de poner en movimiento las medidas administrativas, legislativas y de otra índole necesarias para dar efectividad plena al derecho. Del cumplimiento enérgico, comprometido y genuino de esta última obligación depende gran parte del triunfo en la construcción de una

1 Cecilia Andrea Bertolé. Abogada (UNLPam). Doctoranda en Relaciones Internacionales (Carrera de Doctorado en Relaciones Internacionales UNR). Especialista en Magistratura Judicial (Fundesi-UNSM). Profesora Titular de la cátedra de Derecho Internacional Público de la Carrera de Abogacía de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la (UNLPam). Becaria, participante y co-Directora de Proyectos de Investigación relacionados. Directora de Becas de Investigación. Expositora en Congresos y Jornadas de la Especialidad. Autora de ponencias y artículos relacionados. Correo electrónico: ceciliabertole@hotmail.com.

2 Esteban Torroba. Abogado (UNLPam). Tutor Académico (2008) de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas (UNLPam). Becario de Proyecto de Investigación vinculado al área temática. Participante y Organizador de actividades vinculadas con el área temática. Coordinador de actividades estudiantiles vinculadas con el área temática. Premio al Mérito Académico del Banco Santander Río (2008-2009). Correo electrónico: esteban.torroba@gmail.com

cultura de respeto de niñas, niños y adolescentes.

I. INTRODUCCIÓN.

La niñez ha permanecido acallada en los rincones más inaudibles de la historia. Las visiones culturales que concibieron a los niños, niñas y adolescentes como propiedad natural de sus padres, junto a aquellas que construyeron el estereotipo del niño como adulto imperfecto, naturalizaron una subyugación marcada por el desprecio de sus sentimientos, ideas y opiniones.

En el actual estado de desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aunque sin la plena autonomía de un adulto, se considera a las niñas, niños y adolescente como sujetos plenos de derecho. En este contexto, nos encontramos inmersos en un proceso de concientización sobre la necesidad de asignarles un lugar en el orden de las generaciones y no privarlos de espacios esenciales en la estructura de su personalidad.

La entrada en vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño³ produjo en todo el mundo un fuerte impacto en los ordenamientos jurídicos nacionales y las políticas sobre la niñez.

Es necesario destacar que el contenido normativo de la Convención ha motorizado una transformación paradigmática en materia de protección de niñas, niños y adolescentes. Entre los logros más significativos se reconoce el reemplazo de la “doctrina de la situación irregular” por la “doctrina de la protección integral”, que en otros términos significa pasar de una concepción de los “menores”, una parte del universo de la infancia, como objetos de tutela y protección segregativa, a considerar a niños y jóvenes como sujetos plenos de derecho (BELOFF, 1999, pág. 10).

El derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados y que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta en todos los asuntos que pudiesen afectarlos es uno de los derechos fundamentales consagrados en este instrumento internacional, pues reviste una utilidad esencial para percibir sus necesidades, deseos e intereses concretos y, posteriormente, poder canalizarlos y garantizarlos. Para que los niños, niñas y adolescentes sean reconocidos como sujetos plenos de derecho, es necesario darles una voz propia con capacidad participativa y creativa.

³ La Convención de los Derechos del Niño fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigencia el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49 del instrumento internacional. En adelante nos referiremos a la “Convención sobre los Derechos del Niño” o, sencillamente, a “la Convención”.

A pesar de ello, todavía presenciamos algunos resabios de un pasado acostumbrado a la presencia exclusiva de voces adultas.

Los procedimientos judiciales y administrativos en la República Argentina no permanecen ajenos a esta realidad, pues es posible observar, reiteradamente, cómo se desarrollan sin la participación de niñas, niños y adolescentes, o con una intervención intrascendente, a pesar de encontrarse sus intereses estrechamente involucrados y tener la madurez suficiente para formar juicio y expresar opiniones atendibles.

Esta situación jurídica parece remontarse a la propia etimología de la palabra “infante”, que proviene del latín “infans” e “infantis” y significa, precisamente, “aquel que no habla”, y no habla según la concepción tradicional, por considerarse al niño demasiado incompleto o imperfecto, y son sus padres quienes deben necesariamente representarlo y expresarse por él.

El desafío más importante en la actualidad consiste en dismantelar las barreras jurídicas, políticas, económicas, sociales y culturales que inhiben la oportunidad de que los niños sean escuchados y puedan participar en todos los asuntos que los afecten (Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, “El derecho del niño a ser escuchado”, 2009: párrs. 4 y 135).

La proclamación formal del derecho lleva varias décadas de vigencia, pero todavía subsisten prejuicios fuertemente arraigados acerca de la capacidad de los niños. Lo más grave de esta situación es que las prácticas excluyentes se encuentran culturalmente naturalizadas (Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, “El derecho del niño a ser escuchado”, 2009: párr. 4).

Además de dar cumplimiento a sus obligaciones de respetar y garantizar el derecho, los Estados poseen la enorme responsabilidad de poner en movimiento las medidas administrativas, legislativas y de otra índole necesarias para dar efectividad plena al derecho. Del cumplimiento enérgico, comprometido y genuino de esta última obligación depende gran parte del triunfo en la construcción de una cultura de respeto de niñas, niños y adolescentes.

Esta publicación abordará un análisis jurídico estructural del derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados y que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta en todo procedimiento judicial o administrativo que pudiese afectarlos, analizando las dificultades que enfrenta su realización efectiva por la existencia de barreras jurídicas, políticas, económicas, sociales y culturales.

II. ANÁLISIS HISTÓRICO DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA NIÑEZ. RECEPCIÓN DEL DERECHO DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES A SER ESCUCHADOS Y QUE SUS OPINIONES SE TENGAN DEBIDAMENTE EN CUENTA EN TODO PROCEDIMIENTO JUDICIAL O ADMINISTRATIVO QUE PUDIESE AFECTARLOS.

A. EVOLUCIÓN GENERAL DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA.

A lo largo de la historia la protección jurídica de niñas, niños y adolescentes ha estado intrínsecamente vinculada a la visión cultural que cada sociedad tenía acerca de ellos.

En la Antigüedad y la Edad Media no se reconocía a la niñez y a la adolescencia como etapas de la vida con sus propias características y cualidades. Se las consideraba más bien como sendas transitorias en el perfeccionamiento hacia la adultez.

La forma en la que hoy se conciben los derechos del niño en instrumentos internacionales y en legislaciones nacionales, tiene origen, fundamentalmente, en un cambio de pensamiento producido en la época de la Ilustración europea y en el surgimiento de las sociedades burguesas y de los Estados Nacionales en Europa, desde donde se han ido extendiendo por casi la totalidad del mundo (LIEBEL y MARTÍNEZ MUÑOZ, 2009: pág. 24).

A partir del siglo XVIII, el niño dejó de ser concebido culturalmente como un homúnculo, un adulto imperfecto o un adulto en miniatura, y abandonó la posición de sujeto plenamente disponible en el seno familiar por ser propiedad natural de sus padres.

Se atribuye a Juan Jacobo Rousseau haber sido el primer pensador en señalar que el niño es un ser sustancialmente distinto al adulto y sujeto a sus propias leyes y evolución. En virtud de ello planteó una nueva pedagogía y una nueva filosofía de la educación basadas en los intereses y necesidades del niño y en su desarrollo natural en libertad.

En su obra “Emilio o de la educación” el autor precisó:

No es conocida, en modo alguno, la infancia; con las ideas falsas que se tienen acerca de ella, cuanto más se adelanta más considerable es el extravío. Los de mayor prudencia se atienen a lo que necesitan saber los hombres, sin tener en cuenta lo que pueden aprender los niños. Buscan siempre al hombre en el niño, sin considerar lo que éste es antes de ser hombre. (ROUSSEAU, 1762: pág. 5)

Aún así, este cambio arquetípico impulsado por la filosofía de la Ilustración no generó una transformación instantánea en el

plano jurídico. El establecimiento de derechos específicos para las niñas, niños y adolescente no tuvo asidero hasta el surgimiento de un mundo infantil separado del de los adultos, regido por normas jurídicas especiales (LIEBEL y MARTÍNEZ MUÑOZ, 2009: pág. 24).

Más aún, lo que actualmente entendemos por derechos del niño, de naturaleza vinculante para los Estados, responde a una creación bastante reciente que se corresponde con el dictado de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en 1989.

En las sociedades occidentales es posible sintetizar la evolución de la tutela jurídica de la niñez en algunas etapas claramente diferenciables: en la primera, la normativa muestra a las niñas, niños y adolescentes sometidos a una autoridad paterna absoluta; en la segunda, el legislador interviene para proteger a las niñas, niños y adolescentes de la explotación, la violencia, el abuso y el abandono; en la tercera, las niñas, niños y adolescentes pasan a ser titulares de derechos propios, que pueden ejercerlos aún contra la voluntad de sus propios padres.

En este contexto, recién a partir de principios del siglo XX comenzaron a gestarse movimientos para la liberación del niño que postulaban la necesidad de construir una estructura legal que reconociera derechos específicos para la infancia (LIEBEL y MARTÍNEZ MUÑOZ, 2009: pág. 30). Lentamente estas reivindicaciones comenzaron a hacerse escuchar en el plano internacional.

La Sociedad de las Naciones aprobó la Declaración de los Derechos del Niño en 1924⁴, dando un soplo de vida al primer instrumento internacional que acogiera, aunque sólo fuese un llamado de buena voluntad, derechos específicos para las niñas, niños y adolescentes, así como responsabilidades a los adultos. El texto normativo se consolidó en cinco principios fundamentales que perseguían: crear las condiciones para que el niño pudiera desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual; garantizar al niño los derechos a la alimentación, salud, educación y familia; disponer para el niño socorro prioritario en caso de calamidad; proteger al niño de cualquier forma de explotación; y promover una educación del niño basada en la solidaridad.

Además, en 1948 la Declaración Universal de los Derechos

⁴ La Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño fue adoptada por la V Asamblea de la Sociedad de las Naciones, el 24 de Septiembre de 1924 en la ciudad de Ginebra, Suiza.

Humanos⁵ reconoció específicamente, a través del artículo 25.2, que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales” y que “todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

Posteriormente, en 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de los Derechos del Niño⁶, que describe los derechos de las niñas, niños y adolescentes en diez principios esenciales, ampliando así el espectro protectorio reconocido en los instrumentos anteriores.

Hacia 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷ incluyó algunas disposiciones específicas referidas a la protección de la niñez. A través del artículo 10.3 se reconoció la obligación de los Estados de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todas las niñas, niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición, y de protegerlos contra la explotación económica y social. En el artículo 12.2 dispuso que los Estados Partes en el Pacto, a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, deben adoptar medidas para reducir la mortinatalidad y la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños.

Dictado en el mismo año, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸, a través de su artículo 24, reconoció a todo niño el “derecho a la protección que su condición de menor requiere”, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. Asimismo, el derecho a la inscripción de su nacimiento, a

5 La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante Resolución 217 (III), el 10 de diciembre de 1948 en la ciudad de París, Francia.

6 La Declaración de los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General de Organización de las Naciones Unidas mediante Resolución 1386 (XIV), el 20 de Noviembre de 1959.

7 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966. Su entrada en vigor se produjo el 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27 del instrumento.

8 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966. Su entrada en vigor se produjo el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 del instrumento.

un nombre y a una nacionalidad.

El 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño. A lo largo de 54 artículos, el documento establece un amplio espectro de protección jurídica de niñas, niños y adolescentes. Este instrumento internacional se perfeccionó, posteriormente, con el dictado del Protocolo facultativo sobre la participación de los niños en los conflictos armados⁹ y el Protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía¹⁰.

Entre el 29 y el 30 de septiembre de 1990, delegados de 159 países asistieron a la Cumbre Mundial en favor de la Infancia que tuvo lugar en la oficina de las Naciones Unidas en Nueva York. En esa oportunidad aprobaron la Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño y un Plan de Acción en el que se afirmó que las aspiraciones de la comunidad internacional respecto del bienestar de los niños estaban reflejadas de manera acabada en la Convención sobre los Derechos del Niño.

No podemos dejar de mencionar la gran contribución realizada por algunos instrumentos internacionales específicos sobre la niñez y la adolescencia en conflicto con la ley. Entre ellos debe mencionarse: las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como reglas de Beijing¹¹; las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad¹²; y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil,

9 El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados fue adoptado por Resolución A/RES/54/263 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 25 de mayo de 2000. Su entrada en vigor se produjo el 12 de febrero de 2002.

10 El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía fue adoptado por Resolución A/RES/54/263 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, del 25 de mayo de 2000. Su entrada en vigor se produjo el 18 de enero de 2002.

11 Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores fueron adoptadas por la Resolución 40/33 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de 28 de noviembre de 1985.

12 Las Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad fueron adoptadas por la Resolución 45/113 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1990.

conocidas como Directrices de Riad¹³.

B. DE LA “DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR” A LA “DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL”.

En términos teóricos, las leyes que regulaban la situación de la niñez y la adolescencia con anterioridad a la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño pertenecen a lo que se ha dado en denominar la “doctrina de la situación irregular”.

Esta concepción de la tutela jurídica visualizaba a las niñas, niños y adolescentes como objetos de protección, no como sujetos de derecho sino como incapaces que requieren un abordaje especial. Por eso las normas jurídicas creadas al amparo de esta doctrina no son para toda la infancia y la adolescencia sino sólo para una parte del universo de la infancia y la adolescencia, son para los “menores” (BELOFF, 1999: pág. 14). En consecuencia, el sistema protectorio es parcial y segregacionista.

Por otra parte, la doctrina se sustenta en premisas negativas, se basa en lo que las niñas, niños y adolescentes no saben, no tienen o no son capaces (GOMES DA COSTA, 1999: pág. 13). Esto se manifiesta a través de la utilización de categorías vagas, ambiguas, de difícil aprehensión desde la perspectiva del derecho, tales como “menores en situación de riesgo o peligro moral o material”, o “en situación de riesgo” o “en circunstancias especialmente difíciles” o similares, que son las que habilitan el ingreso discrecional de los “menores” al sistema de justicia especializado. (BELOFF, 1999: pág. 14).

La Convención sobre los Derechos del Niño ha motorizado una transformación paradigmática en materia de protección de niñas, niños y adolescentes, pues introdujo “doctrina de la protección integral” en reemplazo de la “doctrina de la situación irregular”.

La “protección integral” puede ser conceptualizada como el conjunto de acciones, políticas, planes y programas que con prioridad absoluta se dictan y ejecutan desde el Estado, con la firme participación y solidaridad de la familia y la sociedad, para garantizar que todas las niñas, niños y adolescentes gocen de manera efectiva y sin discriminación de los derechos humanos. (BUAIZ VALERA, 2000: pág. 2)

El cambio más significativo de esta nueva doctrina reside en el reconocimiento de las niñas, niños y adolescentes como sujetos

¹³ Las Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil fueron adoptadas y proclamadas por la Resolución 45/112 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1990.

de derecho y no ya como meros objetos protección.

Se trata de una verdadera revolución jurídica, pues se persigue el reconocimiento, la promoción y la “protección de los derechos de la niñez y la adolescencia” en vez de la “protección de los menores”. Como consecuencia de ello, la protección deja de ser segregacionista y se construye una idea de niñez y adolescencia integradas.

Esta nueva perspectiva ha sido destacada por el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) con elocuentes palabras:

“Niños y niñas no son ya ni la propiedad de sus padres ni los beneficiarios indefensos de una obra de caridad. Son seres humanos y los titulares de sus propios derechos. Según la perspectiva que presenta la Convención, el niño es un individuo y un miembro de una familia y una comunidad, con derechos y responsabilidades apropiados para su edad y su madurez. Reconocer los derechos de la infancia de esta forma permite concentrarse en el niño como un ser integral. Si en una época las necesidades de los niños se consideraron un elemento negociable, ahora se han convertido en derechos jurídicamente vinculantes. Debido a que ha dejado de ser el receptor pasivo de una serie de beneficios, el niño se ha convertido en el sujeto o titular de sus derechos. (Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), www.unicef.org/spanish/crc/index_30229.html, consultado en fecha 25 de Febrero de 2013). “

C. RECEPCIÓN DEL DERECHO DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES A SER ESCUCHADOS Y QUE SUS OPINIONES SE TENGAN DEBIDAMENTE EN CUENTA EN TODO PROCEDIMIENTO JUDICIAL O ADMINISTRATIVO QUE PUDIESE AFECTARLOS.

Entre las disposiciones normativas integrantes de la Convención, se plasmó, en el artículo 12, el derecho de niñas, niños y adolescentes a expresar su opinión y ser escuchados. Los redactores del instrumento internacional consideraron que era importante que la niñez y la adolescencia tuviesen derecho a expresar su opinión sobre todo asunto que pudiese afectarla y que se diese el debido peso a estas opiniones, conforme a su edad y madurez.

El artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño estipula textualmente:

1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad

y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

El Comité de los Derechos del Niño, que es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por sus Estados Partes y es palabra autorizada para su interpretación a través de las Observaciones Generales, aprobó en Ginebra, entre el 25 de Mayo y el 12 de Junio de 2009, la Observación General N° 12 acerca de “El derecho del niño a ser escuchado”.

Allí destacó que el artículo 12 de la Convención acoge “una disposición sin precedentes en un tratado de derechos humanos; apunta a la condición jurídica y social del niño, que, por un lado, carece de la plena autonomía del adulto pero, por el otro, es sujeto de derechos.” (Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, “El derecho del niño a ser escuchado”, 2009: párr. 1)

Por otra parte, en los Días de Debate sobre el derecho del niño a ser escuchado, el Comité también expresó:

Lo que significa este derecho, con un cariz nuevo y más profundo, es que se debe establecer un nuevo contrato social. Un contrato por el cual se reconoce plenamente que la niñez está endilgada de derechos, que no solamente tiene derecho a ser protegida sino también a participar en todo asunto que le afecta; un derecho que puede considerarse simbólico del reconocimiento de que la niñez está dotada de derechos. A la larga, esto conlleva cambios en las estructuras políticas, sociales, institucionales y culturales. (Comité de los Derechos del Niño, “Días de Debate sobre el derecho del niño a ser escuchado, 2006: preámbulo)

III. ANÁLISIS JURÍDICO ESTRUCTURAL DEL DERECHO DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES A SER ESCUCHADOS Y QUE SUS OPINIONES SE TENGAN DEBIDAMENTE EN CUENTA EN TODO PROCEDIMIENTO JUDICIAL O ADMINISTRATIVO QUE PUDIESE AFECTARLOS.

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño puede desdoblarse en dos normas distintas pero estrechamente vinculadas. El párrafo primero, de manera general, busca garantizar a toda niña, niño y adolescente que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que pudiesen afectarlo, teniendo debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. El párrafo

segundo, desde una perspectiva más específica, reconoce para niñas, niños y adolescentes el derecho a ser escuchados y que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta en todo procedimiento judicial o administrativo que pudiese afectarlos.

A. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO.

El Comité de los Derechos del Niño ha catalogado a la no discriminación (artículos 2), al interés superior del niño (artículo 3), al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (artículo 6) y al derecho del niño a expresar su opinión y a ser escuchado (artículo 12), como principios generales de la Convención de los Derechos del Niño.¹⁴

Esto significa, esencialmente, que las normas indicadas resultan necesarias para aplicar y hacer respetar todos los demás derechos reconocidos en el instrumento internacional.

Los redactores de la Convención han construido una relación de dependencia entre cada derecho en particular y los principios generales. Esta metodología de vínculos no obsta, lógicamente, la presencia de otros mandatos específicos para cada derecho.

Así, para la consideración de asuntos tan diversos como la separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, atención de la salud y prestaciones de la seguridad social, decisiones sobre educación, conflictos con la ley, casos de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos, solicitud de asilo o refugio, situaciones de conflicto armado y otras emergencias, debe escucharse a las niñas, niños y adolescentes involucrados y tener especial consideración por las opiniones que pudiesen expresar.

Paralelamente, además de su naturaleza de principio general, reviste calidad de un derecho en sí mismo. Por ello, su respeto o vulneración pueden ser analizados en forma autónoma, independiente, sin necesidad de recurrir a otras normas de la Convención.

Como derecho en sí mismo, se encuentra particularmente vinculado con los artículos relativos al derecho a la evolución de las facultades del niño y dirección y orientación apropiadas de los padres (artículo 5), al derecho a la libertad de expresión (artículo

14 Así lo ha hecho el Comité de los Derechos del Niño en los siguientes casos: Observación General N° 1, “Propósitos de la educación”, 2001, párr. 6; Observación General N° 5, “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño”, 2003, párr. 12; Observación General N° 7, “Realización de los derechos del niño en la primera infancia”, 2005, párr. 9; Observación General N° 10, “Los derechos del niño en la justicia de menores”, 2007, párr. 5; y Observación General N° 12, “El derecho del niño a ser escuchado”, 2009, párr. 2.

13) y al derecho a la información (artículo 17).

B. Operatividad del derecho.

La operatividad o autoejecutividad de una norma consiste en la posibilidad de aplicar sus disposiciones directamente en el ordenamiento jurídico interno, sin necesidad de exigir su reglamentación legislativa previa. De esta manera, resultan directamente exigibles a todos los órganos de poder del Estado.

Se ha reconocido en forma unánime, tanto en doctrina como en jurisprudencia, que las normas de los tratados de derechos humanos se deben interpretar partiendo de la presunción de que son operativas. (BIDART CAMPOS, “El artículo 75, inciso 22, de la Constitución y los derechos humanos”, publicado en el sitio web www.citerea.com.ar/ex-libris/bidart_campos.doc, consultado en fecha 25 de Febrero de 2013: pág. 7).

El fundamento jurídico de esta presunción reside en que los tratados sobre derechos humanos no son un medio para equilibrar recíprocamente intereses entre los Estados sino que, por el contrario, buscan establecer un orden público común cuyos destinatarios no son los Estados, sino los seres humanos que requieren de protección jurídica frente ellos.

Por otra parte, el sistema planteado por los instrumentos internacionales de derechos humanos está dirigido a reconocer derechos y libertades y no a facultar a los Estados para hacerlo, siendo sus normas de aplicación imperativa e inmediata.

Eduardo Jiménez de Aréchaga, (1988:29) sostiene que una norma de derechos humanos goza de operatividad cuando se cumplen, en forma simultánea, dos condiciones: a) debe tratarse de una norma de la cual sea posible derivar en forma directa un derecho o una pretensión en favor de un individuo que tenga un interés legítimo en la aplicación de la regla en su caso y que comparece ante el juez o el administrador solicitando esa aplicación; b) la regla debe ser lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente, sin que su ejecución esté subordinada a un acto legislativo o a medidas administrativas subsiguientes.

Tratándose de una presunción, debe interpretarse que una norma de derechos humanos es operativa, o aplicable al caso concreto sin necesidad de una ley de derecho interno que la reglamente, salvo el caso de normas que sean incontestablemente programáticas.

Pues bien, efectuadas estas aclaraciones preliminares, resulta evidente que la Convención de los Derechos del Niño está integrada

por un conjunto de normas de derechos humanos dotadas, en principio, de operatividad.

En lo referente al derecho de niñas, niños y adolescentes a expresar libremente sus opiniones en los asuntos que les conciernen y, en particular, en todo procedimiento judicial y administrativo que pudiese afectarlos, podría considerarse que la operatividad no resulta aplicable porque la redacción no es suficientemente específica como para poder utilizarla sin una adecuada reglamentación.

Una visión de este tipo resulta, en nuestra opinión, manifiestamente errónea. En primer lugar, como ya fue señalado, el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados y que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta en todo procedimiento judicial o administrativo que pudiese afectarlos, además de representar un principio general de la Convención, constituye un derecho en sí mismo, exigible frente a todos los órganos del Estado.

En segundo lugar, a pesar de utilizar un lenguaje bastante abierto y flexible, no se trata de una norma nítidamente programática que pueda hacer ceder la presunción de operatividad.

La regla es lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente, sin que su ejecución esté sujeta a previa reglamentación. Si la falta de detalles respecto a la aplicabilidad del derecho es considerada una falencia en la norma, ello no excluye la obligación indeclinable de jueces y autoridades administrativas de realizar una interpretación integradora a los efectos de garantizar su plena efectividad.

Sí se considera, en cambio, que una reglamentación del derecho puede constituir una herramienta óptima para lograr la naturalización de las prácticas tendientes a escuchar y tener debidamente en cuenta las opiniones de niñas, niños y adolescentes. Por ello, se reconoce la utilidad de fomentar las tendencias reglamentarias, pero sin que su omisión pueda ser utilizada como excusa de incumplimiento.

Para negar la operatividad de la norma también podría alegarse que el artículo 12.2 establece, textualmente, que el derecho debe ser ejercido “en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”. Respecto a ello, el Comité de los Derechos del Niño ha remarcado que no debe interpretarse que estos términos permiten utilizar legislación de procedimiento para restringir o impedir el disfrute de este derecho fundamental. (Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, “El derecho del niño a ser escuchado”, 2009: párr. 38).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también

ha tenido la oportunidad de expedirse, en su Opinión Consultiva OC-7/86, sobre una expresión similar contenida en el artículo 14.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁵, que recoge el derecho de rectificación o respuesta. El Tribunal sostuvo que el hecho de que un artículo de la Convención haga referencia a la reglamentación por la ley, no ocasiona que ésta pierda su operatividad, sino que sólo implica un reconocimiento de que las condiciones para el ejercicio del derecho pueden variar de un Estado a otro, dentro de ciertos límites razonables. También indicó que la posibilidad de regular las condiciones del ejercicio de un derecho, no impide la exigibilidad, conforme al Derecho Internacional, de las obligaciones de respeto y garantía que aquellos han contraído. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-7/86, “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta”, 1986: párrs. 27 y 28)

Creemos que el sentido de esta jurisprudencia es el adecuado para interpretar también de forma análoga el artículo 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño.

Por su parte, el artículo 4 de la Convención de los Derechos del Niño impone a los Estados Partes la obligación de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole necesarias para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención. La obligación de adoptar medidas, o de satisfacer derechos, como también se la ha denominado, es de naturaleza complementaria, y no sustitutiva de las obligaciones de respeto y garantía exigibles a cualquier Estado. (AYALA CORAO, “Las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos”, ENJ, publicado en el sitio web www.enj.org/portal/biblioteca/principios_fundamentales/convenios_internacionales/19.pdf, consultado en fecha 1 de Marzo de 2013: pág. 37).

A pesar de la ausencia de legislación reglamentaria, los Estados Partes deben dar cumplimiento pleno al derecho a la

15 La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica, fue suscrita tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica. Entró en vigencia el 18 de julio de 1978, de conformidad con el artículo 74.4 del instrumento internacional. Específicamente el artículo 14.1 establece que “Toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley” (el subrayado nos pertenece).

existencia de recursos efectivos y al debido proceso legal, que impone un conjunto de requisitos observables en las instancias procesales, cualesquiera que ellas sean, a efecto de que las personas puedan defender adecuadamente sus derechos sustanciales.

Por todo ello, debe entenderse que el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados y que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta en todo procedimiento judicial o administrativo que pudiese afectarlos es plenamente operativo.

En definitiva, nos encontramos efectivamente frente a un derecho en sí mismo, la regla es lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente y la regulación legislativa de condiciones de su ejercicio no impide la exigibilidad, conforme al Derecho Internacional, de las obligaciones de respeto y garantía.

C. CONTENIDO Y ALCANCES DEL DERECHO.

El segundo párrafo del artículo 12 de la Convención reconoce el derecho de niñas, niños y adolescentes a expresar su opinión y a ser escuchados, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en todo procedimiento judicial o administrativo que pudiese afectarlos. La redacción del artículo merece un análisis pormenorizado, a los efectos de desentrañar su sentido más completo¹⁶:

1. “CON TAL FIN, SE DARÁ EN PARTICULAR AL NIÑO OPORTUNIDAD DE SER ESCUCHADO (...):”

Si bien el texto se refiere únicamente a la oportunidad del niño de ser escuchado, la interpretación adecuada debe dar un alcance mucho más amplio a la expresión.

En los Días de Debate que sirvieron a la preparación de la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño, se abordó la temática desde un punto de vista funcional, es decir operativo, del derecho. Específicamente se reflexionó sobre “Hablar, Participar y Decidir. El derecho del niño a ser escuchado”. (Comité de los Derechos del Niño, “Días de Debate sobre el derecho del niño a ser escuchado, 2006: preámbulo).

Así, hablar, participar y que las opiniones se tengan en consideración al momento de tomar las decisiones correspondientes, constituyen las secuencias indispensables para hacer efectivo el goce del derecho.

¹⁶ Este punto se desarrollará siguiendo los lineamientos establecidos por el Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, “El derecho del niño a ser escuchado”, en los párrafos 32 a 39.

El Comité ha remarcado al respecto:

“En los últimos años se ha ido extendiendo una práctica que se ha conceptualizado en sentido amplio como “participación”, aunque este término no aparece propiamente en el texto del artículo 12. Este término ha evolucionado y actualmente se utiliza por lo general para describir procesos permanentes, como intercambios de información y diálogos entre niños y adultos sobre la base del respeto mutuo, en que los niños puedan aprender la manera en que sus opiniones y las de los adultos se tienen en cuenta y determinan el resultado de esos procesos. (Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, “El derecho del niño a ser escuchado”, 2009: párr. 38).

La utilización de la expresión “participación” reviste especial utilidad para los procedimientos administrativos o judiciales y representa una reveladora superación interpretativa a la enunciación de la “oportunidad de ser escuchado”. Si las autoridades intervinientes en los procedimientos se limitaran únicamente a escuchar, perderían gran parte de lo que niñas, niños y adolescentes tienen para expresar y comunicar. La comunicación, más aún la de los niños, no está constituida únicamente por formas verbales, sino también por expresión corporal y facial, expresión artística, juegos e inclusive silencios.

Finalmente, la recepción de la información que las niñas, niños y adolescentes transmiten, debe ser utilizada en la toma de decisiones. Las autoridades no pueden limitarse a otorgarles participación como práctica ritual intrascendente.

2. “(...) EN TODO PROCEDIMIENTO JUDICIAL O ADMINISTRATIVO QUE AFECTE AL NIÑO (...):”

El espíritu de esta parte del artículo persigue incorporar la posibilidad de ejercicio del derecho, en términos amplios, en todas aquellas instancias desarrolladas ante autoridades del Estado, sean de naturaleza judicial o administrativa, relativas a cualquier materia o temática y, dentro de ellas, en cualquier etapa.

Paralelamente, los procedimientos referidos también deben incluir todos aquellos mecanismos alternativos de solución de diferencias, tales como la conciliación, la mediación o el arbitraje.

Para la autoridad interviniente, responsable de garantizar la convocatoria de las niñas, niñas o adolescentes para que ejerciten su derecho, no debe interesar quien ha dado vida e impulso al procedimiento, puede haberlo hecho el mismo niño, sus padres o, sencillamente, un tercero. Lo relevante es que el asunto puede afectarlo, y resulta necesario tomar en cuenta sus opiniones para

garantizar su interés superior y su bienestar.

Por otra parte, es más precisa la utilización de una expresión potencial, que aluda a todo procedimiento judicial o administrativo que pudiese afectar al niño y no, estrictamente, que lo afecte. Es suficiente una mera suposición sobre la posibilidad de que tenga sus intereses vinculados o dañados por las decisiones que pretenden adoptarse en el procedimiento, para que la autoridad se vea en la obligación de convocarlo.

3. “(...) YA SEA DIRECTAMENTE O POR MEDIO DE UN REPRESENTANTE O DE UN ÓRGANO APROPIADO (...)”:

Siempre debe priorizarse la intervención directa de la niña, niño o adolescente en el procedimiento. La inmediatez con la autoridad, quien deberá entrevistarlos personalmente, es la única garantía para una percepción cabal de lo que tiene por comunicar pues, como ya lo hemos señalado, no siempre empleará formas de comunicación verbales. Paralelamente, también constituye la alternativa más segura para evadir posibles conflictos de interés entre ellos y sus representantes.

El artículo autoriza, a nuestro criterio, en forma subsidiaria, el ejercicio del derecho por intermedio de representantes. Esto significa que el niño podrá ser sustituido en el ejercicio de su derecho únicamente cuando el ordenamiento jurídico lo considere incapaz absoluto para hacerlo por sí mismo, o cuando, teniendo capacidad, escoja, en forma libre, informada y voluntaria, ser representado.

Si bien no existen requisitos especiales para determinar la elección del representante, deben tomarse algunas precauciones indispensables para evitar desaciertos y frustraciones en el ejercicio del derecho.

En primer lugar, si se ha designado un representante, y la niña, niño o adolescente tiene edad y madurez suficientes para participar en el procedimiento, lo razonable es que la autoridad constate que ha decidido aceptar esa representación y el modo en que se llevará a cabo, sin ninguna forma de influencia o coacción.

Además, siempre que participe un representante de la niña, niño o adolescente en el procedimiento, la autoridad debe asegurarse, en forma previa a cualquier intervención, de la inexistencia de un conflicto de interés entre ellos.

Por otra parte, resulta fundamental que el representante comprenda que defiende exclusivamente los intereses de su representado y, en virtud de ello, transmita correctamente las opiniones a la autoridad interviniente.

La norma no veda la intervención de ningún representante. Sin embargo, quien ejerza la representación debe poseer algunas aptitudes básicas para hacerlo, entre ellas conocer y comprender suficientemente los distintos aspectos del proceso de adopción de decisiones y tener experiencia en el trabajo con niños. Si bien la representación de los padres puede resultar muchas veces favorable, otras tantas pueden conllevar irremediables conflictos de interés o pérdidas de objetividad en la participación, por ello la elección debe hacerse siempre en miras a la mejor satisfacción del interés superior del niño.

4. “(...) EN CONSONANCIA CON LAS NORMAS DE PROCEDIMIENTO DE LA LEY NACIONAL”:

El cumplimiento de la obligación de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, necesarias para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención, resulta complementaria de las obligaciones de respeto y garantía del derecho, y no sustitutiva.

La ausencia de normas específicas reglamentarias no puede erigirse en excusa de incumplimiento por parte de los Estados. Sin embargo, se insiste en la idea de que su dictado puede contribuir enormemente en la instalación cultural de las prácticas de ejercicio del derecho.

5. ANÁLISIS DEL CONTENIDO Y ALCANCES DEL DERECHO A LA LUZ DEL PÁRRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN.

El párrafo segundo del artículo 12 de la Convención configura una norma específica, vinculada ineludiblemente al párrafo primero del artículo, que acoge una norma de carácter general.

Como consecuencia de este nexo, resulta necesario describir algunas características del derecho de cada niña, niño y adolescente a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de su edad y madurez, a la luz de las prescripciones del párrafo segundo.

Los procedimientos judiciales o administrativos representan sólo uno de los tantos asuntos que pudiesen afectarlos, en ellos tienen derecho a expresar sus opiniones en libertad.

El párrafo primero del artículo 12 es especialmente útil para determinar desde qué momento las niñas, niños y adolescentes

se encuentran en condiciones de ejercitar el derecho a expresar sus opiniones y a ser escuchados en un procedimiento judicial o administrativo. Estipula que sus opiniones tienen que tomarse en consideración seriamente a partir del desarrollo de capacidades para formarse un juicio propio, en función de su edad y madurez.

Consideramos que no es posible determinar con criterio inflexible la relevancia de las opiniones del niño en función de su edad, ello debe ser analizado en cada caso concreto contemplando su madurez o capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de la intervención en un asunto determinado. Si bien la edad puede brindar un parámetro objetivo a tomar en cuenta, deben considerarse otras circunstancias complementarias.

En este sentido, el Comité ha expresado que los niveles de comprensión no van ligados de manera uniforme a su edad biológica, deben tomarse en cuenta otras circunstancias con potencialidad para ampliar la capacidad del niño de formarse una opinión. Entre ellas, pueden mencionarse la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo y orientación. (Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, “El derecho del niño a ser escuchado”, 2009: párr. 29).

Paralelamente, los Estados deben tener especial consideración por determinadas situaciones específicas que pueden llegar a influir en la elocuencia o fluidez para expresar sus opiniones, tales como la pertenencia a grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos minoritarios, la afectación de alguna discapacidad o el daño causado por delitos penales, abusos sexuales, violencia u otras formas de maltrato.

El Comité también ha señalado que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan. (Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, “El derecho del niño a ser escuchado”, 2009: párr. 21).

La evaluación de las capacidades de la niña, niño y adolescente de formarse un juicio propio y expresarlo configura una obligación imputable a los Estados. Para ello, deben partir del supuesto de que tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas. Esta presunción admite prueba en contrario, pero no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad.

D. MEDIDAS PARA GARANTIZAR LA OBSERVANCIA DEL DERECHO DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES A SER ESCUCHADOS.

El Comité de los Derechos del Niño ha bosquejado un conjunto de etapas básicas, donde detalla algunas medidas esenciales para que la participación del niño en los procedimientos no se transforme en un suceso singular y aislado, sino en un verdadero proceso con idoneidad para amparar su interés superior¹⁷.

Para garantizar el éxito de la participación de las niñas, niños y adolescentes, el Comité recomienda el cumplimiento de algunas condiciones básicas para la observancia de su derecho a ser escuchados. Entre ellas, insiste en la necesidad de que los procedimientos sean: transparentes e informativos, voluntarios, respetuosos, pertinentes, adaptados a los niños, incluyentes, apoyados en la formación, seguros y atentos al riesgo y responsables. (Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, “El derecho del niño a ser escuchado”, 2009: párr. 134).

El análisis de las distintas etapas resulta ilustrativo y debe ser tenido en cuenta por los Estados a los efectos de la aplicación de la Convención:

1. PREPARACIÓN

Los Estados Partes deben asegurarse de que la niña, niño o adolescente reciba toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que ampare su interés superior. La preparación representa una etapa indispensable para que tome conocimiento pleno sobre las circunstancias y condiciones que rodean el ejercicio de su derecho.

Si esta etapa de preparación no es emprendida con seriedad, compromiso y la debida asistencia de especialistas, las probabilidades de fracaso en la participación en el procedimiento serán elevadas.

La realización del derecho de las niñas, niños o adolescentes a expresar sus opiniones exige que los responsables de escucharlos y los padres o tutores les informen de los asuntos, las opciones, los efectos que tendrán en el resultado las opiniones que expresen y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias.

Además, debe informarse sobre la posibilidad de ejercer el derecho por sí mismo o mediante un representante, y las implicancias de esa elección.

¹⁷ Al efecto, se tendrá especialmente en cuenta la Observación General N° 12, “El derecho del niño a ser escuchado”, en sus párrafos 40 a 47.

En esta etapa también resulta fundamental que el Estado garantice la asistencia de equipos de psicólogos que puedan evacuar sus temores, aflicciones y dudas acerca de la situación que enfrentan y de su futura participación en el procedimiento.

Por último, especial cuidado debe tenerse en evitar la manipulación de los niños por parte de los adultos. En los complejos entramados de pretensiones introducidos en los procedimientos administrativos y judiciales, existe una tendencia a utilizar la opinión de niños como herramienta para favorecer las posiciones de los adultos en sus reclamaciones.

Colocar a las niñas, niños y adolescentes en situaciones en que se les indica lo que deben decir dista mucho de configurar una aplicación del artículo 12 de la Convención, por el contrario, representa una práctica poco ética y contraria a la defensa de los intereses del niño.

2. AUDIENCIA

Si la etapa anterior se centraba, principalmente, en el derecho a la información y a la asistencia especializada, ésta se focaliza en el ámbito en el cual la niña, niño o adolescente ejercerá su derecho a expresar una opinión y a ser escuchado.

El entorno debe ser apropiado e inspirar confianza, de modo que pueda estar seguro de que el adulto responsable de la audiencia está dispuesto a escuchar y tomar en consideración seriamente lo que haya decidido comunicar.

De acuerdo a la naturaleza del procedimiento, las personas autorizadas a dirigir las audiencias y a asistir al niño, ejercerán las más variadas profesiones y tendrán una formación cultural radicalmente distinta. El desafío debe estar focalizado en la búsqueda de homogeneidad en el ejercicio real del derecho, superando el escollo generado por esa variedad de sujetos intervinientes que podría producir resultados adversos o niveles muy diferentes en el goce del derecho. Podrían hacerlo, por ejemplo, maestros, cuidadores, trabajadores sociales, directores, administradores, jueces, psicólogos, médicos, entre otros.

Esa homogeneidad debe ser detenida y minuciosamente construida, principalmente a través de la capacitación obligatoria para todas las categorías profesionales relevantes involucradas en procedimientos judiciales y administrativos, acerca de las implicaciones del artículo 12 de la Convención.

Para la realización de las audiencias se recomienda evitar actos públicos y optar, en cambio, por ámbitos de mayor

confidencialidad. La presencia de entornos intimidatorios, hostiles, insensibles o inadecuados es susceptible de generar una frustración en el ejercicio del derecho, pues los niños suelen ser muy receptivos de ese tipo de ámbitos. (Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, “El derecho del niño a ser escuchado”, 2009: párr. 34).

En lo que al formato de la audiencia respecta, resulta recomendable desarrollar conversaciones informales en lugar de entrevistas unilaterales. Ello puede contribuir significativamente a crear espacios participativos que faciliten y flexibilicen la comunicación entre la autoridad y el niño.

Por último, el entorno de la audiencia debe tener especial consideración por: el diseño adecuado de salas y vestimenta de autoridades a cargo de las audiencias; la supresión de formas rituales excesivas; la presencia de información adaptada; la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios del niño; la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas. (Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, “El derecho del niño a ser escuchado”, 2009: párr. 34).

3. EVALUACIÓN DE LAS CAPACIDADES DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.

Ya fue mencionada la posibilidad de tener en cuenta las opiniones vertidas por la niña, niño y adolescente en el procedimiento, la cual se encuentra estrictamente vinculada a la capacidad de formarse un juicio propio, y ello depende, paralelamente, de su edad y madurez.

En la medida en que pueda probarse esa capacidad para formar un juicio propio, la autoridad interviniente deberá tener en cuenta las opiniones como factor destacado en la resolución de la cuestión.

Corresponde al Estado la prueba de esta capacidad específica, para hacerlo debe previamente establecer buenas prácticas de evaluación. En cualquier caso, debe partir de la presunción positiva, debiendo probar la incapacidad para formarse un juicio propio como requisito necesario para privarlo de la posibilidad de ejercer su derecho.

4. INFORMACIÓN SOBRE LA CONSIDERACIÓN OTORGADA A LAS OPINIONES DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.

Con posterioridad a la preparación de la evaluación de las

capacidades para formar un juicio propio y a la realización de la audiencia, el encargado de adoptar las decisiones en el procedimiento deberá informar a la niña, niño y adolescente cómo se tuvieron en consideración sus opiniones y en qué medida incidieron en el resultado final de la instancia desarrollada.

La comunicación de los resultados es una garantía de que sus opiniones no se escuchan solamente como simple formalidad, sino que se toman en serio, e incluso le permitirán manifestar su disconformidad con la decisión adoptada.

5. DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO.

La legislación de los Estados debe reconocer mecanismos recursivos para aquellos casos en que las niñas, niños y adolescentes sientan vulnerado su derecho ser escuchados y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones.

La idea de recurso debe interpretarse en el sentido más amplio posible, comprensiva de todas aquellas instancias, formales e informales, ejercidas ante la misma autoridad o una jerárquicamente superior, que permitan plantear la afectación de su derecho.

Por otra parte, resulta indispensable que sean informados en términos sencillos sobre la existencia y la forma de acceso a los mecanismos recursivos.

Por último, se destaca que no alcanza con la mera existencia formal de los recursos, ellos deben ser adecuados, es decir, idóneos para proteger la situación jurídica infringida.

IV. CONCLUSIÓN.

La Convención de los Derechos del Niño es un instrumento fundamental para la protección de niñas, niños y adolescentes, y los Estados Partes tienen frente a la comunidad internacional la responsabilidad ética y jurídica de garantizar su aplicación efectiva y plena, por lo que deben promover los cambios necesarios para su integración a las legislaciones nacionales.

Los Estados deben utilizar sus facultades gubernamentales haciendo un llamado de “solidaridad y protección” a todos los miembros de la sociedad para que los derechos de niñas, niños y adolescentes se conozcan, se respeten y se cumplan, y asimismo gobernar en materia social, económica y política para que prime su bienestar.

El proceso de adaptación legislativa de los Estados, es lento y no hay medidas milagrosas que garanticen en forma automática la protección integral de la infancia.

Sin embargo, además de dar cumplimiento a sus obligaciones de respetar y garantizar el derecho, los Estados poseen la enorme responsabilidad de poner en movimiento las medidas administrativas, legislativas y de otra índole necesarias para dar efectividad plena al derecho. Del cumplimiento enérgico, comprometido y genuino de esta última obligación depende gran parte del triunfo en la construcción de una cultura de respeto de niñas, niños y adolescentes.

Entre las disposiciones normativas integrantes de la Convención sobre los Derechos del Niño, se plasmó, en el artículo 12, el derecho de niñas, niños y adolescentes a expresar su opinión y ser escuchados. Los redactores del instrumento internacional consideraron que era importante que la niñez y la adolescencia tuviesen derecho a expresar su opinión sobre todo asunto que las afectara y que se diera el debido peso a estas opiniones, conforme a su edad y madurez.

El derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados y que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta en todo procedimiento judicial o administrativo que pudiese afectarlos constituye una herramienta fundamental para lograr percibir sus necesidades, deseos e intereses y poder protegerlos integralmente.

La República Argentina aún no ha logrado dismantlar las barreras jurídicas, políticas, económicas, sociales y culturales que inhiben la oportunidad de que niñas, niños y adolescentes puedan participar en forma efectiva y trascendente en esos procedimientos.

La falta de reglamentación por parte del Estado no puede ir en contra de los Derechos Humanos reconocidos a niñas, niños y adolescentes por la Convención. Así ha sido remarcado por el Comité de los Derechos del Niño en su observación número 12.

Asimismo, el sistema planteado por los instrumentos internacionales de derechos humanos está dirigido a reconocer derechos y libertades y no a facultar a los Estados para hacerlo, siendo sus normas de aplicación imperativa e inmediata.

El derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados, puede hacerse valer frente a cualquier tipo de procedimiento en el cual se encuentren involucrados, ya se judicial o administrativo.

Sin perjuicio de lo anterior, es en los procesos judiciales donde este derecho suele tomar más relevancia, en los casos en que las reglas establecidas en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño deben ser aplicadas por los jueces en el caso concreto.

Los jueces tienen un papel fundamental en torno al tema,

ya que son los encargados de determinar la mejor protección de los intereses de niñas, niños y adolescentes.

Los factores que determinan la decisión de los jueces pueden ser muy variados, su historia, sus experiencias, su formación ética y profesional y sus creencias. Por ello, su decisión respecto a la participación de niñas, niños y adolescentes en el procedimiento se construirá de acuerdo con su particular mirada. Sin embargo, esto no significa que no existan prescripciones para su determinación.

La interpretación que hacen de las normas debe poseer una visión integradora, asignándole a la niña, niño y adolescente el lugar que tiene como persona dentro de la sociedad y así garantizar la plena efectividad de este derecho.

El derecho del niño a ser escuchado en la práctica constituye un proceso dinámico, no sólo porque está sometido a la posibilidad de una revisión a medida que el niño crece, sino que en el resultado influyen sus sentimientos y deseos, que pueden modificarse y evolucionar. Las decisiones deben seguir el propio tiempo del niño.

Por otra parte, la recepción de la información que las niñas, niños y adolescentes transmiten, debe ser utilizada en la toma de decisiones. Las autoridades no pueden limitarse a otorgarles participación como práctica ritual intrascendente.

La utilización de la expresión “participación” reviste especial utilidad para los procedimientos administrativos o judiciales y representa una reveladora superación interpretativa a la enunciación de la “oportunidad de ser escuchado”. Si las autoridades intervinientes en los procedimientos se limitaran únicamente a escuchar, perderían gran parte de lo que niñas, niños y adolescentes tienen para expresar y comunicar. La comunicación, más aún la de los niños, no está constituida únicamente por formas verbales, sino también por expresión corporal y facial, expresión artística, juegos e inclusive silencios.

Este derecho debe ser concebido en términos amplios, en todas las instancias desarrolladas ante autoridades del Estado, cualquiera sea su naturaleza, relativas a cualquier materia o temática y, dentro de ellas, en cualquier etapa.

Cabe agregar, que el ejercicio de la libertad no resultará plena sin una información completa y adecuada para el niño, niña o adolescente. Los responsables de escucharlos y los padres o tutores deben informar de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias. Además, también debe estar informado sobre las condiciones en que se les pedirá que expresen sus opiniones.

En este sentido, es un deber de los Estados Partes crear condiciones para que la niña, niño y adolescente se sienta respetado y seguro cuando exprese sus opiniones.

El desafío más importante en la actualidad consiste en dismantelar las barreras jurídicas, políticas, económicas, sociales y culturales que inhiben la oportunidad de que los niños sean escuchados y puedan participar en todos los asuntos que los afecten.

Este derecho fundamental pone de manifiesto que la niñez está endilgada de derechos y los Estados no solo deben procurar su protección, sino que también deben garantizar su participación en todo asunto que les competa.

Dar el debido lugar al pensamiento del niño en el proceso no equivale a desechar las responsabilidades de los adultos en el ejercicio del poder de decisión.

La obligación de los distintos órganos del Estado de escuchar a las niñas, niños y adolescentes y el derecho a la libertad de expresión debe ser respetado por todos, ya que es la base y el fundamento de innumerables derechos que solamente pueden realizarse teniendo en cuenta sus deseos e intereses, es decir, comprendiendo el lugar que les corresponde en la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

A. LIBROS, ARTÍCULOS Y OTRAS PUBLICACIONES DE DOCTRINA.

AYALA CORAO, Carlos, “Las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos”, ENJ, publicado en el sitio web www.enj.org/portal/biblioteca/principios_fundamentales/convenios_internacionales/19.pdf.

BELOFF, Mary (1992), “Sobre la distinción entre “menores” y niños”, en Revista No hay derecho, Buenos Aires, N° 6.

BELOFF, Mary (1999) “Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: Un Modelo para Armar y otro para Desarmar”, en Justicia y Derechos del Niño, UNICEF.

BIDART CAMPOS, Germán, “El artículo 75, inciso 22, de la Constitución y los derechos humanos”, Citerea, publicado en el sitio web www.citerea.com.ar/ex-libris/bidart_campos.doc.

BUAIZ VALERA, Yuri Emilio (2000), “Introducción a la doctrina para la protección integral de los niños”, en Editorial de UNICEF Venezuela.

Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF),

publicado en el sitio web www.unicef.org/spanish/crc/index_30229.html.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA Eduardo (1988), “La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno”, en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

LIEBEL, Manfred (2009) “Sobre la historia de los Derechos de la infancia”, en “Infancia y Derechos Humanos. Hacia una ciudadanía participante y protagónica”, LIEBEL, Manfred y MARTÍNEZ MUÑOZ, Marta, Instituto de Formación para Educadores de Jóvenes, Adolescentes y Niños Trabajadores de América Latina y el Caribe (IFEJANT).

ROUSSEAU, Juan Jacobo (1762), “Emilio o de la educación”, traducción de Ricardo Viñas, editado por elaleph.com, prefacio del autor.

B. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.

Convención de los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigencia el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49 del instrumento internacional.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica, suscrita tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica. Entró en vigencia el 18 de julio de 1978, de conformidad con el artículo 74.4 del instrumento internacional.

Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño, adoptada por la V Asamblea de la Sociedad de las Naciones, el 24 de Septiembre de 1924 en la ciudad de Ginebra, Suiza.

Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Organización de las Naciones Unidas mediante Resolución 1386 (XIV), el 20 de Noviembre de 1959.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante Resolución 217 (III), el 10 de diciembre de 1948 en la ciudad de París, Francia.

Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, adoptadas y proclamadas por la Resolución 45/112 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1990.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966. Su entrada en vigor se produjo el 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27 del instrumento.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966. Su entrada en vigor se produjo el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 del instrumento.

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, adoptado por Resolución A/RES/54/263 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 25 de mayo de 2000. Su entrada en vigor se produjo el 12 de febrero de 2002.

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, adoptado por Resolución A/RES/54/263 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, del 25 de mayo de 2000. Su entrada en vigor se produjo el 18 de enero de 2002.

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, adoptadas por la Resolución 40/33 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de 28 de noviembre de 1985.

Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, adoptadas por la Resolución 45/113 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1990.

C. OBSERVACIONES GENERALES DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

Observación General N° 1, Comité de los Derechos del Niño, “Propósitos de la educación”, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 332 (2001).

Observación General N° 2, Comité de los Derechos Niño, “El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño”, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 341 (2002)

Observación General N° 3, Comité de los Derechos del Niño, “El VIH/SIDA y los derechos del niño”, U.N. Doc. CRC/

GC/2003/3 (2003).

Observación General N° 4, Comité de los Derechos del Niño, “La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño”, U.N. Doc. CRC/GC/2003/4 (2003).

Observación General N° 5, Comité de los Derechos del Niño, “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño”, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 377 (2003).

Observación General N° 6, Comité de los Derechos del Niño, “Trato de los menores acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005).

Observación General N° 7, Comité de los Derechos del Niño, “Realización de los derechos del niño en la primera infancia”, U.N. Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1 (2006).

Observación General N° 8, Comité de los Derechos del Niño, “El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes”, U.N. Doc. CRC/C/GC/8 (2006).

Observación General N° 9, Comité de los Derechos del Niño, “Los derechos de los niños con discapacidad”, U.N. Doc. CRC/C/GC/9 (2006)

Observación General N° 10, Comité de los Derechos del Niño, “Los derechos el niño en la justicia de menores”, U.N. Doc. CRC/C/GC/10 (2007).

Observación General N° 11, Comité de los Derechos del Niño, “Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención”, U.N. Doc. CRC/C/GC/11 (2009).

Observación General N° 12, Comité de los Derechos del Niño, “El derecho del niño a ser escuchado”, U.N. Doc. CRC/C/GC/12 (2009).

Observación General N° 13, Comité de los Derechos del Niño, “Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”, U.N. Doc. CRC/C/GC/13 (2011).

RESOLUCIONES JUDICIALES FUNDADAS (INTERLOCUTORIAS Y PSEUDO- INTERLOCUTORIAS)

Toribio Enrique SOSA¹

RESUMEN

Históricamente no se distinguía entre providencias simples y resoluciones interlocutorias y actualmente existen situaciones en las que deben emitirse resoluciones fundadas que no son estrictamente ni providencias simples ni resoluciones interlocutorias tal y como están reguladas en la ley.

1-CERCANA NOCIÓN HISTÓRICA DE LA PROVIDENCIA INTERLOCUTORIA

En el antiguo derecho español se distinguía entre la sentencia definitiva –la que recaía sobre el fondo o cuestión principal del litigio- y las providencias interlocutorias –todas aquellas emitidas mientras andando el juicio, antes de darse sentencia definitiva sobre lo principal.

Pero entre las providencias interlocutorias, se diferenciaba entre:

a- interlocutorias puras o simples: se daban para dirigir las actuaciones o preparar la sentencia definitiva, sin prejuzgar nada sobre el fondo de la cuestión ni decidir sobre ningún artículo o incidente;

b- interlocutorias con gravamen irreparable para la definitiva: decidían un artículo o incidente durante el juicio, dejando cerrado el asunto y sin que pudieran remediarse sus efectos por la sentencia definitiva.

Según CARAVANTES (1858: t. III, párrafos 1316 y 1440), comentando los arts. 63 y 67 de la ley de enjuiciamiento civil española de 1855, las providencias interlocutorias simples o puras no eran susceptibles ni de reposición; las providencias interlocutorias con gravamen irreparable para definitiva eran

¹ Abogado. Profesor titular regular de Derecho Procesal II en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam. Juez de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Trenque Lauquen (Bs. As.). tesosa@live.com.ar

susceptibles de reposición² y de apelación.

Esa noción sobre lo que eran las providencias interlocutorias, mezclando lo que hoy conocemos como providencias simples y como resoluciones interlocutorias, imperó en la normativa nacional hasta la ley 17454 (BO 7/11/1967), que dio a luz el actual CPCC Nación. Precisamente, en la exposición de motivos de la ley 17454, se lee:

“Respecto de las resoluciones judiciales, el Proyecto ha seguido el criterio consistente en asignar una denominación precisa a cada una de las diferentes clases que pueden dictarse, evitando de tal manera confusiones a que da lugar la profusa y no siempre coherente terminología utilizada en este punto por el código vigente. De acuerdo con dicho criterio, las resoluciones judiciales se clasifican en providencias simples y sentencias interlocutorias, definitivas y homologatorias (artículos 160 a 163). Las providencias simples son aquellas que tienden, sin sustanciación, al desarrollo del proceso o a ordenar actos de mera ejecución. En esa forma se circunscribe esa denominación a las llamadas de “mero trámite”, evitándose el empleo genérico que de esa expresión hace el código actual en diversas disposiciones (vgr. arts. 29, 31 y 32). Son sentencias interlocutorias las que resuelven las cuestiones promovidas durante el curso del proceso que requieren sustanciación previa. La sentencia definitiva es la resolución judicial que se pronuncia sobre el fondo de las cuestiones planteadas en el proceso y que lo concluye. Las homologatorias son las que recaen en los casos de desistimiento, transacción o conciliación.” (Boletín Oficial de la República Argentina, 7 de noviembre de 1967: pág. 2 y 3).

2- LA RESOLUCIÓN INTERLOCUTORIA, HOY

Actualmente, merced a lo reglado en los arts. 152 y 153 CPCC La Pampa (semejantes en esencia a los arts. 160 y 161 CPCC Nación), la resolución interlocutoria aparentemente está diferenciada de la providencia simple o de mero trámite, aunque todavía el pasado común a ambas hace que en algunas situaciones se las pueda confundir. Por ejemplo, si ante el pedido de una de las partes el órgano judicial sin sustanciación lo rechaza (ver infra 2.3.b), pudiera creerse que esa decisión es una providencia simple habida cuenta la falta de previa sustanciación, pero en realidad debe ser una resolución fundada (ver infra 2.3.b), con lo cual podría verse en ella una suerte de híbrido: sin sustanciación como una providencia simple, pero fundada como una interlocutoria.

² Y contra la decisión desestimatoria del recurso de reposición cabía, todavía, una apelación.

Para facilitar las cosas, proponemos distinguir entre providencias simples y resoluciones fundadas, debiendo ser emitidas éstas en las siguientes situaciones:

2.1. ENTREDICHO ENTRE LAS PARTES DURANTE EL PROCESO

Veamos la situación típica: cuando durante el proceso ha habido un pedido de una de las partes y una resistencia a ese pedido por la otra parte, el órgano judicial habrá de zanjar la discordia a través de una resolución interlocutoria³.

La resolución que pone fin a un “entredicho” entre las partes durante el proceso, se denomina resolución “interlocutoria”.

Al resolver, el juez hará lugar en todo o en parte al pedido, o lo desestimaré, y, para dar sustento a su decisión, debe dar las razones o fundamentos de hecho y de derecho que le confieran asidero, al par que habrá de cargar las costas del entredicho, como regla, al vencido (arts. 153.1, 153.3, 35.5 y 63 cód. proc.).

2.2. CONTRAPUNTO ENTRE LAS PARTES Y EL ÓRGANO JUDICIAL

No obstante, efectuado un pedido por una de las partes y corrido traslado a la otra, podría ésta guardar silencio, lo cual no obliga al juez a hacer lugar al pedido del cual se corrió traslado.

El silencio frente al traslado no exime al juez de resolver lo que corresponda conforme a derecho, de manera que, pese a que el destinatario de un traslado guardase silencio, el pedido que determinó que se corriera traslado puede bien ser desestimado si no encuentra cabida en derecho.

Pero, si el destinatario del traslado ha guardado silencio, no ha habido en verdad un “entredicho” entre las partes y, así, entonces, la resolución del juez que rechazara el pedido ¿sería una interlocutoria?

Aunque se considerase que no lo es porque ha faltado un “entredicho” previo entre las partes, la resolución judicial que rechaza el pedido de una las partes debería tener el contenido y la forma de una resolución interlocutoria, ya que, si es cierto que no ha habido contrapunto entre las partes, no lo es menos que sí queda entablado entre la parte que introdujo el pedido y el órgano judicial

³ Si locución (del latín, “locutio, -onis”) significa “acto de hablar”, una resolución “interlocutoria” es aquella que resuelve un contrapunto “entre” las partes en el que se han enfrentado haciendo “uso de la palabra”: las partes “han hablado”, hay controversia “entre” ellas y el órgano judicial resuelve a través de una resolución “interlocutoria”.

que lo rechaza. De modo que, si el juez rechaza el pedido de una parte pese al silencio de la otra, debe dar los fundamentos o razones de su decisión y, además, debería expedirse imponiendo costas, como regla, al peticionante infructuoso, para que ellas de ningún modo pudieran quedar englobadas entre las costas del proceso principal que acaso pudieran ser oportunamente cargadas sobre la contraparte que no intervino en la incidencia.

2.3. CONTRAPUNTO ENTRE LAS PARTES Y EL ÓRGANO JUDICIAL (CONTINUACIÓN)

Es más, hay situaciones:

a- en que las partes pueden estar de acuerdo y el “entredicho” sea entre ellas y el órgano judicial, de modo que éste, para resolver en contra de la voluntad de las partes, debe fundar su decisión, es decir, debe emitir una resolución con forma de interlocutoria (ej. el juez rechaza un pedido de homologación de transacción, art. 154 cód. proc.);

b- en que sólo media un pedido de una de las partes, sin entredicho previo entre las partes, ni tan siquiera un traslado previo a la contraparte, no obstante lo cual el órgano judicial debe emitir una resolución con forma de interlocutoria, sea que no haga lugar al pedido -para permitir que el peticionante, sabiendo por qué se ha rechazado su pedido, pueda impugnar eficazmente la decisión-, sea que sí haga lugar al pedido -para abrir la chance de impugnación eficaz a favor de la contraparte del peticionante- (ej. la decisión sobre un pedido de medida cautelar, que es emitida inaudita pars, art. 190 párrafo 1º cód. proc.; o la decisión sobre un remedio de aclaratoria, art. 158.2 cód.proc.).

BIBLIOGRAFIA

CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

DE VICENTE Y CARAVANTES, José (1858): Tratado Histórico, Crítico Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil, según la Nueva Ley de Enjuiciamiento. Madrid:

Ed. Imprenta y Librería de Gaspar y Roig

AUDITORÍAS FINANCIERAS: UNA VISIÓN SUPERADORA

Cecilia GAITA y Roxana REINAUDI¹

RESUMEN

El presente trabajo tiene por finalidad demostrar la importancia de las auditorías financieras permanentes como herramienta de apoyo a la tarea de control posterior realizada en los organismos de control público externo.

Estas auditorías no sólo ayudan a detectar posibles desvíos en lo que a ejecución presupuestaria se refiere, sino que además influyen positivamente en la organización y sincronización de las distintas áreas del organismo; y actúan como nexo capacitador y facilitador de conocimiento entre cuentadantes y quienes llevan a cabo la tarea de control.

Destacamos la importancia de que cada órgano de control externo reglamente las tareas de control, de modo tal que el trabajo conjunto entre relatores y auditores tienda al cumplimiento de los objetivos y produzca una sinergia al aprovechar mejor los recursos con que cuenta, resguardando la responsabilidad de quienes llevan adelante la mencionada tarea.

Por último, señalamos que la implementación de auditorías financieras como soporte al control posterior llevará a que los responsables del manejo de fondos públicos perciban cierta sensación del control, entendiéndose ésta como el nivel de concientización que se tiene respecto de la rendición de cuentas ante la mirada de un organismo de control con una presencia más activa ante la sociedad.

¹ Contadoras graduadas en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa.
El presente trabajo se ha realizado bajo la dirección y análisis del Mg. José Roberto Sappa.
Email: ceciliagaita@hotmail.com, roxanareinaudi@yahoo.com.ar

INTRODUCCIÓN

El sector público gubernamental, en cualquiera de sus niveles institucionales (nacional, provincial y municipal), influye y condiciona a la sociedad cuando despliega su actividad financiera y ejecuta sus políticas a fin de alcanzar los objetivos propuestos.

El control público no debiera ser una instancia aislada. Bien por el contrario, el mismo deriva de la relación con los demás valores sociales imperantes en la comunidad, tales como la política, la economía, el derecho, y principalmente, la moral y la justicia.

El tema del control público se encuentra muy vinculado al poder político, por ser una de las manifestaciones de ese poder y, precisamente, habrá control público cuando exista una expresa voluntad política de controlar. Para lograrlo es imprescindible que el gobierno tenga la suficiente independencia e integridad para poder disponer la puesta en marcha de todos los mecanismos del control público.

Asimismo, es necesario que con el transcurso del tiempo se vayan mejorando las costumbres de los ciudadanos y las normas e instituciones, para que los esfuerzos legislativos o la aplicación de nuevas técnicas no resulten esfuerzos vanos cuando son llevados a la práctica por hombres y mujeres condicionados por el medio social.

“Si una sociedad antepone los logros personales a los colectivos, si desconoce la autoridad constituida, si es proclive a violar las normas del derecho vigente y no convive con sentido solidario, el valor social del control público será mínimo dentro de las distintas categorías en la escala de fines de esa sociedad. Si no sólo los ciudadanos, sino sus representantes, y los funcionarios parecen desconocer el principio de la riqueza pública común y pretenden vivir a expensas de quienes contribuyen a ella con sus impuestos, el control público no existirá.” (Nuñez, 2006: 78-79).

Si vamos a un plano más técnico, encontramos que son diversas las definiciones de control, más aún si tenemos en cuenta que las teorías y los hechos se van influyendo recíprocamente, haciendo que éste concepto, evolucione y se vaya aggiornando en tiempo y espacio.

La palabra “control” ha sido incorporada no hace mucho a la lengua española con el significado de: “Inspección, fiscalización, intervención. Dominio, mando, preponderancia”²

Una definición concisa y completa es la que ofrece José Galván Escobedo (1963) cuando afirma que el control “es la función

2 Diccionario de la Real Academia Española (RAE).

que tiene por objeto cerciorarse de que todo está llevado a cabo de acuerdo con un plan acordado, las órdenes dadas y los principios establecidos”.

Según Henry Fayol (1916), controlar es comprobar si todo se cumple de acuerdo con las reglas establecidas y las órdenes dadas, de donde se ha deducido que la justificación del control surge porque la autoridad para expedir una orden implica la responsabilidad de ver que sea cumplida.

Sin pretender ser exhaustivos con las conceptualizaciones, Cayetano Licciardo (1992: 253-254) explicaba que “La función -de control- se refiere al ejercicio del poder de obrar y su resultado. De modo que, una cosa es la función como ejercicio del poder, y otra la ejecución de los controles formales o técnicos. Se trata de distinguir entre la naturaleza de la función en sí misma y las atribuciones y competencias necesarias para cumplirla. Si esta distinción resulta clara, se podrá apreciar mejor la naturaleza del órgano al que se le confiera la atribución o se le determine la competencia, porque ella (la naturaleza) deriva del fin para el que el órgano se cree, no del órgano en sí mismo”.

Y si de Hacienda Pública se trata, no es menos importante señalar que la responsabilidad de los funcionarios públicos nació al admitirse la soberanía del pueblo, de acuerdo con la forma de gobierno representativo que nuestra Constitución Nacional adopta; en virtud de ello, el gobierno se ejerce por medio de personas que lo representan, que de él obtienen su autoridad y mandato, y que ante él responden en el desempeño de sus funciones.

Hablar de responsabilidad conlleva a que exista un eficaz sistema de control. No puede haber responsabilidad pública si no se garantiza una fiscalización eficaz de los actos públicos; de allí la importancia del control en todas las instancias del quehacer público.

Siguiendo al Dr. Ángel González-Malaxecheverría (1992: 134), “la rendición de cuentas es la obligación, legal y ética, que tiene un gobernante de informar al gobernado sobre cómo utiliza y ha utilizado el dinero y otros recursos que le fueron dados por el pueblo para emplearlos en beneficio del pueblo gobernado y no en provecho del gobernante”.

La rendición de cuentas es uno de los pilares en que se sustenta un Gobierno Republicano, haciendo referencia no sólo al aspecto financiero de la Administración Pública (movimiento de fondos, gestión presupuestaria), sino que además abarca todas las demás responsabilidades que conlleva el administrar una hacienda de terceros, en este caso, la riqueza del pueblo mismo.

Históricamente, se ha tendido a limitar la naturaleza, contenido y forma de la rendición de cuentas a la sola materia financiero patrimonial y a la legalidad financiero contable. Pero resulta imprescindible que, además, el control público focalice los aspectos de eficacia, economía y eficiencia, y que el funcionario contemple las causas y los fines de aquello que administra, sin perder de vista la orientación hacia los fines propuestos. Una buena administración se reflejará en el cumplimiento de los fines propuestos, aprovechando eficientemente los recursos. El control de esta tarea, por mandato constitucional, le compete al Poder Judicial de establecer si los actos dictados están conformes con la ley y con el reglamento y determinar si el contenido no es contrario a ninguna norma jurídica obligatoria” (Cardón, 1996: 169).

CONTROL INTERNO Y CONTROL EXTERNO

Dependiendo del análisis que se quiera hacer de una situación dada, siempre habrá diversas clasificaciones que no hacen más que ver la realidad desde perspectivas diferentes.

De acuerdo a algunos parámetros de referencia podemos clasificar al control de diversas maneras. En lo referente al presente trabajo, evocamos las clasificaciones que seguidamente se enumeran:

- **Interno o externo**, dependiendo del Órgano que lo ejecute.
- **Preventivo, concomitante o posterior**, según el momento de su aplicación.
- **Permanente, periódico o eventual**, atendiendo a la continuidad de su realización.
- **Financiero u operativo**, de acuerdo a la finalidad perseguida.

El “control interno” está organizado por la administración en su propio beneficio, y quienes lo realizan participan en dicha gestión o dependen de los gestores; y el “control externo” está a cargo de terceros ajenos a la gestión ejecutiva de la hacienda, que se ejerce por organismos que actúan por delegación tácita del Congreso (independientes del Poder Ejecutivo), encargado de juzgar la ejecución del presupuesto que fuera puesto en sus manos.

De esta división surgen, a su vez, los órganos encargados de cada una de ellas, siendo los Tribunales de Cuentas los organismos a quienes les compete el “control externo delegado”.

“El control interno representa aquella actividad de supervisión destinada a preservar la regularidad y eficiencia de la gestión de gobierno. Es un autocontrol que los mismos órganos ejecutivos

practican para asegurarse el logro de los objetivos propuestos en los distintos planes de realización de obras y servicios, o regulación de la comunidad sujeta a su gobierno, como manera de preservar la legalidad de lo actuado (regularidad de gestión), como asimismo el cumplimiento de las acciones en cantidad, tiempo y forma (oportunidad y conveniencia).” (Nuñez, 2006: 104).

El control externo es el ejercido por un órgano independiente de quien se controla, dicha independencia marca el carácter de externo. Para el sector gubernamental además presenta otras características que tienen que ver con las facultades jurisdiccionales que la legislación le asigna. En efecto, los Tribunales de Cuentas provinciales y también el que rigió en el orden nacional hasta la sanción de la Ley N° 24.156/92, tienen facultades para sancionar con cargo patrimonial (en caso de perjuicio fiscal), multas (por desobediencia a sus resoluciones o ejercicio de control), amonestaciones, llamados de atención y otras. Otra característica que los destaca es la referida a la prejudicialidad de sus decisiones en el plano administrativo, que resulta previamente obligatoria para la continuidad de las causas civiles y/o penales en los Tribunales Ordinarios que las tengan a cargo por cuestiones inherentes a la Administración Pública.

Asimismo, estos órganos tienen atribuciones relativas a compeler a cualquier otro órgano del Estado a suministrar toda la información necesaria para el ejercicio de las funciones que le son propias.

La cuestión más controvertida, en relación con los Tribunales de Cuentas es la referida a sus facultades jurisdiccionales y sus limitaciones en relación con el control de oportunidad y conveniencia. La primera pareciera haber encontrado solución tanto en la legislación como en la jurisprudencia y aun la doctrina, ya que, en algunos casos, ha generado incorporaciones normativas expresas y, en otros, decisiones judiciales o demostraciones teóricas concretas. La segunda (facultad para analizar y decidir sobre las cuestiones de oportunidad y conveniencia de la Administración Pública) permanece aun en una etapa discutida.

En efecto, si bien parte de la doctrina moderna tiende a ampliar el cometido de los órganos de control externo hacia esas cuestiones con el fin de demostrar la necesaria razonabilidad entre el dinero gastado y el valor final obtenido, se tropieza aun con la postura rígida de limitar el cometido del control externo al sólo ámbito de la legalidad financiero contable.

Para el caso particular de los Tribunales de Cuentas, no se comparte la idea de ampliar las funciones de control externo hacia

las cuestiones de oportunidad y conveniencia, ya que dicha función, siguiendo lo expresado en párrafos anteriores, le corresponde a los representantes que la sociedad elige a través del sufragio. La manera en que lo lleve a la práctica, es decir, realizar un control de gestión por sí mismo o través de un organismo creado a tal efecto (por ejemplo, Auditorías Generales Provinciales) es un tema de debate que excede el alcance del presente trabajo. La cuestión planteada aquí, focaliza sobre la relevancia que tiene la realización de auditorías financieras de legalidad como una herramienta de soporte al control posterior, el cual debe dictaminar sobre las rendiciones de cuentas presentadas por los organismos públicos.

Francesc Vallés Vives (2003: 47-48) explica así el proceso en su libro *El control externo del gasto público*:

-El ejecutivo elabora el proyecto de Ley de Presupuestos estableciendo la priorización de sus programas que van a conformar el gasto público, dando así cumplimiento a sus objetivos políticos.

-El Legislativo aprueba La Ley de Presupuestos como representantes de la soberanía popular, habilita así al gobierno para que actúe respetando el principio de legalidad.

- El Gobierno gestiona y ejecuta ese presupuesto, y

-Finalmente el Poder Legislativo comprueba que la ejecución del Presupuesto se ha realizado por el Gobierno conforme a La Ley.

Pero la función de control político del Legislativo no puede convertirse en ningún caso en una supervisión de las competencias ejecutivas del Gobierno de tal manera que llegue a sustituir o interferir su capacidad de actuación.

El Estado democrático garantiza así los mecanismos mediante los cuales el poder legislativo canaliza y establece un efectivo control económico-financiero ejercido por y en el Parlamento con posterioridad a la ejecución presupuestaria.

Esta función es la que el Poder Legislativo encarga al Tribunal de Cuentas como órgano de control externo que actúa por delegación y con dependencia orgánica de aquél. Es decir, el Tribunal actúa auxiliando al Poder Legislativo en el desarrollo de su potestad de control económico-financiero del gobierno, ya que las Cámaras no están en condiciones de desarrollar una tarea de especialización técnica de esta naturaleza.

Para que las tareas del órgano de control externo sean eficaces y relevantes deben estar coordinadas con las labores de control interno que realiza la propia administración.

Tenemos así un control externo al poder ejecutivo que coordinado con el control interno y con el control político que realiza el poder

legislativo, permite fiscalizar con eficacia la totalidad del gasto público estatal. Este control debe garantizar, además, que los gastos y los recursos cumplan la finalidad para los que el Parlamento los autorizó mediante la aprobación de la Ley de Presupuesto. De ahí la importancia otorgada a los órganos de control externo que mediante su colaboración con el Poder Legislativo permiten con posterioridad un control político más fundamentado.

La mayoría de los países prevén en sus textos constitucionales la existencia de órganos de control externo de la gestión de los fondos públicos que efectúa la Administración.

Es un factor común en los países de nuestro entorno el reconocimiento de la necesidad de esta actividad de control de la ejecución presupuestaria y de la actividad económico-financiera desarrollado por la Administración. Los Órganos de Control Externo han adquirido una enorme importancia y protagonismo en los sistemas democráticos en la medida que su razón de ser está relacionada con una función de equilibrio entre los poderes del Estado.

Los Órganos de Control Externo cumplen una función técnica imprescindible para poder cerrar el ciclo presupuestario, sin la cual difícilmente los legisladores podrían aprobar la Cuenta de Inversión donde se refleja el resultado definitivo de la gestión pública.

Esta función fiscalizadora de los Órganos de Control Externo es lo que permite garantizar el equilibrio entre los dos grandes poderes, el legislativo y el ejecutivo.

El poder Constituyente ha dotado de especial protección a los Órganos de Control Externo y a los funcionarios que desarrollan y aseguran que éste actúe de acuerdo con el poder legislativo, siendo el Ejecutivo el principal sometido a su actividad de control.

La separación entre control externo y control político debe ser nítida para que el control externo no se inmiscuya en el proceso de decisión política del ejecutivo. Los Órganos de Control Externo están habilitados para fiscalizar la gestión económico-financiera de la Administración, pero no están autorizados para realizar juicios de valor sobre los resultados conseguidos ni sobre la previa programación, priorización de los programas que elabora la administración.

Las observaciones que puedan efectuarse en los informes de fiscalización tienen que estar fuera de toda sospecha de tinte político o partidista.

Los informes realizados mediante una fiscalización objetiva

gozarán inevitablemente de autoridad para que el Gobierno y Poder Legislativo puedan considerarlos como definitivos y difícilmente rebatibles con otros argumentos técnicos. Para ello es imprescindible la independencia del órgano y la alta credibilidad y calidad técnica de sus informes.

De acuerdo a lo expuesto anteriormente el Poder Legislativo es quién debe realizar el control externo delegando en los Tribunales de Cuentas el control técnico de legalidad. Este último debe tender al logro de resultados superadores utilizando herramientas que den soporte al control posterior que llevan a cabo. Por ello es que en el presente trabajo proponemos las auditorías financieras como un control permanente o desarrollado de modo continuo, que además permite que el trabajo realizado por los relatores y la consecuente responsabilidad de lo “aprobado” se respalde con esta herramienta adicional. Asimismo, se podría decir que la organización del trabajo de control basado en las auditorías financieras persigue un triple propósito: el primero de ellos consiste en optimizar la organización interna del trabajo de relatoría que fiscaliza las cuentas públicas, esto se logra a partir de la visión integral del universo de control que se obtiene al momento de programar y ejecutar las auditorías, máxime si tenemos en cuenta la realidad en la cual se van creando, modificando y eliminando distintas divisiones sin la correlativa reorganización de los organismos que se mantienen vigentes. En segundo lugar, permite realizar el trabajo de control propiamente dicho en lo que respecta al examen de la actividad, a la adopción de medidas pertinentes para impedir desviaciones y a la aplicación de sanciones en caso de corresponder. Por último estas auditorías son el mecanismo que mejor se ajusta a los fines del organismo controlado, permite brindar una capacitación a los cuentadantes y así lograr mejores rendiciones de cuentas disminuyendo el número de observaciones.

AUDITORÍAS

Encontramos que la auditoría se encuentra definida como aquella actividad profesional que requiere la evidencia para formarse un juicio sobre los estados financieros y dar información confiable exteriorizando su opinión a través de dictámenes.

Según Loyo Rodríguez (2006: 134),

“(…) la Auditoría Pública es la actividad profesional que tiene por objeto realizar un examen de las transacciones financieras, cuentas e informes, incluyendo una evaluación del cumplimiento de las leyes y disposiciones legales vigentes, revisión de la eficiencia y economía en el uso de los recursos, un análisis que constate si los

resultados esperados se han alcanzado efectivamente, todo ello con el propósito de producir informes que cubran los aspectos señalados.”

Dentro de esta conceptualización están inmersos dos tipos de auditoría: la financiera y la operacional:

- La auditoría financiera: su finalidad es verificar el cumplimiento de las normas legales vigentes para la Administración Pública, es decir, privilegia la legalidad de los actos. Comprende la administración financiera propiamente dicha (presupuesto y finanzas) y la patrimonial (bienes y deudas).
- La auditoría operacional: su finalidad es verificar la oportunidad y conveniencia de los actos de la Administración Pública, es decir, privilegia la eficacia y la economía de los actos. Comprende no solo la administración financiera y patrimonial, sino también todos los demás actos inherentes al ejercicio del poder de administrar.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, las auditorías brindan a los organismos de control externo una herramienta de soporte al control posterior, que configura un control de tipo externo, porque el Órgano que lo ejecuta es independiente del controlado; de carácter posterior, ya que se realiza luego de acaecido el acto administrativo, siendo de utilidad la cercanía en el tiempo a la ocurrencia de los hechos; financiero, en el sentido que verifica el cumplimiento de las normas legales vigentes; y permanente, ya que revisa todos los actos u hechos, es continuo.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS CONCEPTOS

En el devenir histórico es frecuente hallar como antecedentes vinculados con los sistemas de control presupuestario:

- 1) al sistema latino, de naturaleza formal y procedimental, basado en el estricto cumplimiento de la norma y,
- 2) al sistema sajón, orientado a la verificación del cumplimiento de las funciones planteadas en el presupuesto.

En los países latinos, se observa con frecuencia que el sistema de control gubernamental se caracteriza por el excesivo apego a las cuestiones de Derecho Público, lo que se explica por ser ésta la disciplina social más desarrollada en España al tiempo de la conquista de América.

Allí, se elaboraban las normas de control que posteriormente habrían de aplicarse en las haciendas de las colonias españolas, trasladando de esta manera toda la legislación vigente en la península.

Se establecía lo que se debe hacer y lo que está prohibido. Posteriormente, cuando los Borbones acceden al poder, se evidenció una mayor presión normativa sobre los administradores de América.

La gestión se tornó lenta ante estas normas reglamentarias excesivas que restaron eficacia a la acción gubernamental, sin conseguir con ello evitar los despilfarros y la corrupción.

Con todo lo dicho, se observa que el objetivo del control administrativo gubernamental se basó de una relación de responsabilidad jurídica, donde importaba si el administrador era culpable de haber infringido las normas vigentes durante el ejercicio de su gestión, y no tanto si sus acciones u omisiones daban cumplimiento a las necesidades del gobierno.

Además, por aquel entonces, se incluyó la figura de la penalización de los incumplimientos en las normas de administración, creándose los Tribunales de Cuentas como órganos de control administrativo sobre una base jurídica penal. He aquí el origen del “control legal”.

Por el contrario, la concepción sajona sobre control público se basaba en dirigir y hacer lo conveniente y oportuno. El Derecho constituía una instancia posterior, ajena a la gestión. Asimismo, no dejaban a un lado aspectos relativos al despilfarro y la corrupción, les importaba sobre todo el primero ya que consideraban que era mayor el daño causado por la ineptitud, la demora, la impericia y la falta de oportunidad que la misma corrupción. A ésta la dejaron a cargo de las normas penales sin mezclarla con las normas administrativas.

NUESTRO PAÍS...

Desde los orígenes de su organización, adoptó los sistemas de control impuestos por la Corona Española, creándose el Tribunal de Cuentas de la Nación por Decreto-Ley N° 23.354/56, al que se asignó el control externo de la marcha general de la administración nacional y de las haciendas paraestatales, la fiscalización y vigilancia de las operaciones financiero-patrimoniales y el control sobre empresas estatales y entidades de derecho privado en las que tuviese intervención el Estado. Cabe aclarar que en las provincias se adoptó idéntica organización. El control a ejercer por el Tribunal de Cuentas de la Nación se desarrollaba mediante dos formas: el juicio de cuentas y el juicio de responsabilidad.

La Ley 24.156/92 derogó la ley de creación del Tribunal de Cuentas y creó la Auditoría General de la Nación (AGN), como “ente de control externo del sector público nacional, dependiente del Congreso Nacional”. De esta manera, se modificó sustancialmente la metodología de control al pasar de un sistema jurisdiccional a un control por auditorías. La AGN tiene funciones de control de legalidad, gestión y auditoría (contable) en materia patrimonial,

económica y financiera. El alcance de sus funciones va más allá del simple control contable, para instalarse en los marcos de legalidad, de respeto al orden jurídico, y de gestión, en lo concerniente a la economía, la eficacia y la eficiencia del desempeño, de todo ente que perciba, gaste o administre fondos públicos en virtud de una norma legal o con una finalidad pública.

La AGN es el órgano de asistencia técnica del Congreso según establece el artículo 85 de la CN, y los dictámenes sobre el desempeño y situación general de la administración pública serán sustentados en los dictámenes que ella elabore.

“La incorporación de un nuevo sistema de control generó un debate vinculado con las ventajas y desventajas de cada sistema, cuando la realidad indica que no se contraponen, sino que se complementan, pues consideran distintos aspectos del control con procedimientos compatibles para cada caso. Los sistemas jurisdiccionales y de control por auditorías pueden convivir adecuadamente” (Pizzuto, 2007: 15).

LOS TRIBUNALES DE CUENTAS: SU ORIGEN Y FUNCIONES

En realidad, la denominación control externo es posterior a la época del nacimiento de los Tribunales de Cuentas. En efecto, el control externo, curiosamente, primero fue control interno, ya que estuvo bajo la dependencia de un solo poder: el Rey.

Con el tiempo, y desde 1789, la evolución de los parlamentos fue cambiando el concepto y el objeto del control tal como lo conocemos en la actualidad, en que las propias constituciones consagran la independencia del órgano de control externo convirtiéndolo en un verdadero apéndice técnico de los órganos legislativos. No obstante, muchas constituciones de nuestro país, consagran como “órganos de control externo” a los Tribunales de Cuentas, dándoles independencia funcional y aun financiera, pero situándolos dentro del Poder Ejecutivo.

Antiguamente, “los bienes del Estado estaban indiferenciados con relación a los bienes de los soberanos y de los señores feudales. Es decir que, en todo este período histórico, nos encontramos con un régimen político-social que en nada se parece al del Estado moderno” (Villegas, 2009: 38). Regían estrictas normas de administración, registro, inventarios de la existencia, estado y cuantía de los bienes que constituían el Tesoro de la Hacienda del Estado.

Ante esta confusión de patrimonios es lógico pensar que al Rey lo inquietara la forma de mantener íntegra esa hacienda.

Así nace el control fiscal. En lo interno, como no existían aun los parlamentos, primero como parte de las monarquías constitucionales y luego ya como instituciones de las repúblicas democráticas. Por eso, es valioso distinguir el origen histórico de los órganos de control de la hacienda pública gubernamental, para poder realizar análisis comparativos acerca de su origen y situación actual.

El Estado clásico atendía solo aquellas necesidades públicas consideradas básicas (administración de justicia, orden interno, defensa exterior) y su sistema organizativo era simple: recaudadores encargados de la exacción de los fondos, un tesorero responsable de la guarda y seguridad de los mismos y un contador para llevar buena cuenta de todo. Por sobre los tres anteriores, un Tribunal de Cuentas encargado de impartir la justicia administrativa.

Es un control contable y legal. Los países europeos organizaron sus finanzas alrededor de los Ministerios de Hacienda para la exacción e ingreso de los tributos y de los Tribunales de Cuentas para su control.

Su función era de autocontrol; el que ejercía el Rey sobre cada uno de sus funcionarios recaudadores y pagadores. Utilizaban procedimientos contables para la registración de las cuentas, y adoptaban resoluciones que estaban necesariamente emparentadas con el Derecho, ya que se trataba de absolver o condenar a los responsables.

Como las cuentas configuraban procedimientos contables sujetos a diversas resoluciones, se elaboró un esquema denominado “Juicio de Cuentas” a fin de sancionar sobre la base de hechos violatorios de normas vigentes.

El mismo consiste en un juicio donde se “imputa preventivamente” al administrador sobre el total de la cuenta que debe rendir, y aun rendida por éste, tal imputabilidad se mantiene hasta que no se lleguen a demostrar la regularidad y exactitud de ella frente a las observaciones y pedidos de antecedentes del funcionario que hace de fiscal (relator).

Este nombre fue dado a los dos contadores que constituían el Tribunal de Cuentas y que debían relatar las cuentas oralmente a los tres abogados, jueces con voto resolutivo (aprobación o rechazo).

Los Tribunales de Cuentas fueron siempre cuerpos colegiados de funcionarios que designaba el Rey según su grado de confianza.

Desde la Revolución Francesa en 1789, se gesta un movimiento tendiente a separar el patrimonio privado de los gobernantes del patrimonio del Estado. Continúan y se acentúan los

controles sobre el manejo de los dineros públicos.

Aparecen, en el universo de funciones del Estado, las obligaciones de satisfacer las necesidades de salud, educación, vivienda, trabajo y hasta de recreación del individuo. Desde la década de 1940 hasta casi la década de 1970 reina el concepto del Estado Providencia. El gasto público crece de manera más que significativa. Proliferan los préstamos internacionales para fomentar el crecimiento de las naciones subdesarrolladas.

Por último, en aras a un mejor aprovechamiento y asignación de los recursos fiscales, adviene la necesidad de controlar la eficacia y los costos de la acción de los gobiernos (presupuesto por programas) y hasta la relación entre gastos y el valor de las obras y/o servicios prestados (racionalidad económica del gasto).

Como consecuencia, los tradicionales Tribunales de Cuentas se reconvierten, conforme las exigencias del momento, adoptan modernas técnicas de auditoría financiera y auditoría operacional y abandonan sus atribuciones jurisdiccionales.

En Argentina, si bien en el orden nacional, la tendencia ha sido la de supresión de la institución para sustituirla por la Auditoría General de la Nación, perdura en las provincias donde ha seguido la tradición europea, no solo en cuanto a su organización (Tribunal Jurisdiccional) sino en sus procedimientos (Juicio de Cuentas) y hasta en sus resoluciones (sentencias).

AUDITORÍAS DE LEGALIDAD

La auditoría práctica descansa en una previa evaluación analítica de todas las operaciones que habrán de ser posteriormente fiscalizadas. Es imprescindible conocer los procedimientos y la normativa reglamentaria de las operaciones que componen los grandes rubros de recursos y gastos por controlar. Será preciso tener conocimiento de todas y cada una de esas operaciones analíticas de la Administración Pública, a fin que sea eficaz y eficiente su control.

Primeramente, se debe conocer la naturaleza de la operación que pretendemos controlar. Si se trata de una operación regular, de periodicidad fija o variable, de excepción, etc.

Además, es preciso conocer qué fundamentos originan la necesidad de la auditoría y cuál es el objetivo de la misma. Cuál será su alcance, en qué momento, cómo y por quiénes será efectuada, entre otras cuestiones.

Resulta obvio afirmar que el Sector Público actual es un tanto diferente a aquel que existía al momento de crearse los

Tribunales de Cuentas. No se trata sólo de su tamaño, sino también de su complejidad. Así, la función del Tribunal de Cuentas, caracterizada por el control de legalidad, debe ser llevada a cabo con los mejores estándares de calidad.

La auditoría en general, como técnica profesional y de control, se fundamenta en la existencia de un conjunto de reglas y pautas de comportamiento que conforman el marco conceptual para el desarrollo de los trabajos, refiriéndose a las cualidades inherentes de los profesionales que han de realizarlos, a los procedimientos a aplicar dentro de este universo a controlar en el que su carácter reglado resulta un principio básico.

Este conjunto de reglas, conocidas como “normas de auditoría” son dictadas por el órgano que será el responsable de la regulación y organización de la actividad, en este caso los Tribunales de Cuentas o el organismo que los nuclea.

OBJETIVO DE LAS AUDITORÍAS

La gestión económico-financiera del sector público deberá regirse, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, siendo de aplicación exclusiva el principio de legalidad de los actos públicos.

Como consecuencia de ello, los funcionarios y todos aquellos que manejen fondos públicos, son responsables del cumplimiento de las leyes y demás normas aplicables. Esta responsabilidad abarca la obligación de conocer los requisitos que tanto el organismo como los directivos deben cumplir. Son cuentadantes ante la sociedad y los poderes constitucionales por los recursos que se les han proporcionado para la consecución de sus objetivos. Consecuentemente, deberán rendir cuentas de lo actuado según lo establece la normativa vigente.

El control financiero del Tribunal de Cuentas tiene por objeto comprobar la situación y el funcionamiento de las Jurisdicciones y Unidades de Organización que tienen prevista una asignación presupuestaria, en los aspectos económico-financieros para verificar que se acomodan a la regularidad y a los principios de buena rendición de cuentas, y que son conformes a las disposiciones y directrices que las rigen. Su objetivo consistirá, por tanto, en comprobar:

- a) Que la contabilidad exprese fielmente el resultado de dicha gestión y su adecuada realidad patrimonial, de acuerdo con las normas y principios contables generalmente aceptados.
- b) Que los procedimientos aplicados garanticen de forma razonable que las operaciones se han desarrollado de conformidad con la

normativa aplicable.

El control financiero se ejercerá mediante la realización de auditorías u otras técnicas de control y la misma consistirá en la comprobación de la actividad económico-financiera de las Unidades de Organización que tienen asignado un crédito presupuestario y deben rendir cuentas al Tribunal de Cuentas en lo que configuraría el control posterior llevado a cabo por las Salas. Es decir, que la auditoría es un examen estructurado de registros y otras evidencias, cuyo propósito es sustentar una evaluación, recomendación u opinión profesional con respecto a la consistencia de los sistemas de información contable y al control numérico-legal de los organismos alcanzados por ella.

El mencionado control está dirigido a determinar el grado de cumplimiento de la normativa vigente relativa a las operaciones financiero-patrimoniales de los organismos públicos auditados, de manera de facilitar y agilizar su rendición ante el organismo de control.

PLANIFICACIÓN DE LAS AUDITORÍAS

En pos del logro de los objetivos resulta imprescindible establecer una adecuada planificación de las estrategias de control para luego determinar los organismos a controlar, su estudio preliminar y la elaboración de los respectivos programas de trabajo que configurarán las guías de acción de los auditores-relatores. Asimismo se deberá incluir en la planificación anual la ejecución de auditorías de seguimiento de observaciones y recomendaciones, a efectos de determinar si los organismos han adoptado las acciones correctivas indicadas en la auditoría de origen.

Es de suma utilidad que al finalizar el año el área de auditoría efectúe un análisis comparativo de las auditorías planificadas y las efectivamente ejecutadas.

Las auditorías de legalidad pueden dividirse en auditorías financieras y auditorías de cumplimiento.

La auditoría financiera pretende obtener una seguridad razonable acerca de si la contabilidad expresa fielmente el resultado de la gestión y su adecuada realidad patrimonial, de acuerdo con las normas y principios generalmente aceptados.

La auditoría de cumplimiento trata de verificar que los actos, operaciones y procedimientos de gestión se han desarrollado de conformidad con las normas, disposiciones y directrices que sean de aplicación.

Un aspecto de suma trascendencia que no debe dejarse de

lado es el análisis de los riesgos de auditoría, por cuanto implica el diagnóstico de los mismos a fin de estar atentos a su posible manifestación. Es la herramienta con que cuenta el auditor que le permitirá resultados concretos, veraces y un trabajo de mejor calidad.

Se denominan riesgos de auditoría a aquellas circunstancias de carácter cuantitativo o cualitativo, que pueden influir en forma negativa, aumentando las posibilidades de error en las conclusiones de la auditoría.

La evaluación previa de los riesgos de auditoría, mediante técnicas específicas es una condición necesaria al momento de programar las tareas, a fin de disponer las metodologías adecuadas de abordaje, los recursos humanos especializados en el equipo de auditoría y ponderar adecuadamente los tiempos del trabajo de campo en función de las pruebas necesarias que permitan obtener las evidencias suficientes para sustentar las conclusiones.

En este sentido pueden mencionarse varios tipos de riesgo de auditoría:

- Riesgo inherente: Vinculado exclusivamente a las características cuantitativas y cualitativas propias del organismo y su actividad.
- Riesgo de control: Referido especialmente a la evaluación del ambiente de control, la existencia o no de una unidad de auditoría interna, mecanismos propios de control o manuales de procedimiento. La existencia de puntos débiles en el control interno aumenta a priori el riesgo de auditoría.
- Riesgo de detección: Relacionado directamente a la posibilidad de que los procedimientos de auditoría programados no sean los adecuados. En ese sentido, el riesgo aumenta cuando no existe relevamiento previo, cuando se trata de la primera auditoría sobre un organismo, cuando se requieren auditores con cierto grado de especialización sobre alguna materia o cuando se carece de estándares normalmente aceptados de medición de la actividad.
- Riesgo de muestreo: Es la posibilidad de que la prueba aplicada a una muestra conduzca a una conclusión diferente de aquella a la que el auditor hubiera llegado si la prueba se hubiera aplicado al universo de control.

Para calificar los riesgos de auditoría se establecen tres niveles de riesgo: alto, medio y bajo, dependiendo de los niveles y características que se ponderen. En función de esta escala se configura la programación de las tareas.

El auditor debe considerar la importancia relativa y las relaciones con el riesgo del trabajo cuando planea y desarrolla la auditoría, para reducir así el riesgo de expresar una conclusión inapropiada.

ÁMBITO DE APLICACIÓN

Siendo la auditoría una función de control que se activa con criterios de selectividad resulta pertinente emitir normas acerca de la actividad del auditor.

Las normas que regulan a esta actividad de control se aplican a todas aquellas auditorías que planifique realizar el área creada al efecto por los órganos de control externo, en el ámbito de su competencia, específicamente en lo que hace al control posterior efectuado por los cuentadantes en cumplimiento de la normativa específica de rendición de cuentas.

Cabe mencionar que los Tribunales de Cuentas de Argentina, en junio de 1995 acordaron cuáles serían las normas que debían regir y orientar la tarea del auditor gubernamental, con la sanción de las Normas de Auditoría para el Sector Público del Secretariado Permanente de Tribunales de Cuentas de la República Argentina. Es de destacar que las normas prevén que las actividades de fiscalización que realicen los Tribunales de Cuentas deben estar necesariamente enmarcadas dentro del ámbito de competencia de sus respectivas Constituciones Provinciales y Leyes Orgánicas.

EL INFORME DE AUDITORÍA

Como señala el Dr. Héctor Alfredo Cano (1998), la tarea de control no tiene como culminación del trabajo técnico profesional la elaboración del informe, sino que en cualquier instancia del desarrollo de la tarea de control o a partir de la emisión del informe, se habilitan los mecanismos, las atribuciones y las facultades propias del Órgano de Control (aprobación o desaprobación de las cuentas, observaciones, reparos, juicio de cuentas o juicio administrativo de responsabilidad).

El Informe de auditoría es la referencia documental de la auditoría realizada. Es el resultado de una investigación realizada en base a programas, procedimientos y técnicas de auditoría. En el mismo debe estar claramente determinado el ente auditado, las fechas de las operaciones de verificación, los documentos y las operaciones administrativas y contables revisadas, la identificación de los funcionarios y empleados entrevistados, los inventarios de productos y/o servicios, en su caso, y finalmente las observaciones

y recomendaciones que estime el auditor. Esta opinión no debe estar desactualizada, sino que debe ser oportuna y constructiva ya que de nada valen extensas investigaciones si los resultados se conocen mucho tiempo después y ya no se puede tomar una acción correctiva. Además es mucho más efectivo tomar conocimiento de los hechos irregulares de los funcionarios mientras están en la función, teniendo en cuenta la velocidad en que ocurren las operaciones gubernamentales que en muchos casos involucran presupuestos abultados, como así mismo la forma en la que rotan los funcionarios. No menos importante es el impacto que produce en el consenso ciudadano el conocimiento de estos hechos en el momento oportuno, atento a las necesidades actuales de fiscalización y transparencia de los actos públicos que hoy en día el ciudadano demanda, en calidad de destinatario del bien común.

El informe del auditor debe focalizarse hacia los aspectos críticos y trascendentes de las entidades controladas, preservando siempre la cualidad de oportunidad en la emisión y difusión del mismo. Para lograr dicho objetivo es necesario que las actividades de control se direccionen a hechos que, aunque son de revisión posterior necesariamente deben ser cercanos al momento de las verificaciones a practicar.

Una vez presentado el informe de auditoría se debe tratar de comprobar si el mismo tuvo la utilidad deseada en el momento de su confección. Es decir, constatar si las medidas correctivas sugeridas se aplicaron por el organismo auditado. Para ello se puede recurrir a dos vías de verificación: una consiste en la realización de una nueva auditoría, esta vez de seguimiento, y otra vía es la verificación directa que realiza el relator-auditor al estudiar las rendiciones presentadas.

A partir de este resultado (informe de auditoría) se puede tender a una mejor rendición de cuentas, una mejor organización del trabajo, que en última instancia va a llevar a un manejo eficiente y eficaz de los recursos, ya que siguiendo la idea de la Cra. Lea Cortes de Trejo la ley debiera estar creada no solo para ser cumplida sino también para tender a una gestión eficiente y superadora.

DOS PERSPECTIVAS EN EL USO DE LA TECNOLOGÍA

Es sabido que los sistemas de información en la administración pública moderna han experimentado un avance muy singular y positivo como consecuencia del advenimiento de las técnicas de computación.

Al decir del Cr. José María Las Heras (2010: 231-232),

“el moderno desarrollo tecnológico facilita un mayor valor agregado en la función de producción de las actividades administrativas. A partir de un elevado número de datos, mediante diferentes operaciones de tipo aritmético-lógico, es factible obtener información en el momento oportuno, optimizando no sólo una mejor gestión, sino fundamentalmente la adopción de decisiones al menor costo y con la menor cantidad de errores”.

El auditor debe aprovechar esta tecnología desde un doble enfoque:

- Por un lado, debe articular los mecanismos de control necesarios que le permitan obtener evidencias suficientes de los sistemas de información computarizados utilizados por los organismos que audita. Esto le permitirá economizar esfuerzos y evitar duplicidad de tareas. El sistema de información debe ser controlado con el objetivo de verificar su correcto funcionamiento y asegurar el control del proceso de diversos tipos de transacciones.
- Por otro lado, debe incorporar sistemas informáticos en la ejecución de sus tareas que le permitirán llevar un registro organizado de lo efectuado. Así mismo permitirá a quienes realizan el control posterior valerse de esta información sistematizada. Ello redundará en un trabajo más eficiente, coordinado e integrado del organismo de control.

RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE AUDITORÍAS

De la aplicación de estos procedimientos se desprenden varias consecuencias positivas. Un primer resultado es el asesoramiento que se brinda, al poder hacer un análisis más exhaustivo y atinado de la rendición de cuentas y organización del organismo auditado, que se ve favorecido por el hecho del análisis *in situ* de la documentación respaldatoria de las operaciones que se rinden, de la observación directa de los hechos documentados y de la comunicación más fluida que se establece entre controlante y controlado.

Como corolario de esta idea, se podría aspirar al logro de una mejor rendición de cuentas al asesorar a quienes tienen la responsabilidad de ello por los fondos públicos que manejan y del grupo de gente que acompaña en la ejecución de la tarea, que, si bien lo deseable es que posean la idoneidad necesaria para tal fin, muchas veces la realidad demuestra que no es así. Por ello destacamos la importancia de la capacitación en lo referente a aspectos relacionados al sector público y la profesionalización del empleo público, tema que excede el alcance del presente trabajo.

Es nuestro propósito destacar que la implementación de auditorías como soporte al control posterior llevará a que los cuentadantes y/o funcionarios responsables perciban cierta “sensación de control”, entendiéndose ésta como la influencia que ejercen los organismos de control público externo en el nivel de concientización que se tiene respecto de la rendición de cuentas. Y más importante aún es la percepción que tiene la sociedad de la presencia de organismos de control encargados de velar el cumplimiento de la legalidad y el consecuente uso eficiente de los fondos públicos. Es indudable que la opinión pública es un mecanismo de fiscalización de dicho manejo de fondos. Esta expresión de opinión pública se asocia con la idea de democracia ya que se verifica aquí la participación efectiva de la ciudadanía a través de su percepción de la realidad y de los distintos modos que tiene de manifestarla, por ejemplo a través del sufragio popular.

CONCLUSIONES

La cuestión más controvertida en relación con los Tribunales de Cuentas, es la referida a sus facultades jurisdiccionales y sus limitaciones en relación con el control de oportunidad y conveniencia. La primera pareciera haber encontrado solución tanto en la legislación como en la doctrina, ya que, en algunos casos, ha generado incorporaciones normativas expresas, y en otros, decisiones judiciales o demostraciones teóricas concretas. La segunda –facultad para analizar y decidir sobre las cuestiones de oportunidad y conveniencia de la Administración Pública– permanece aun en una etapa que se caracteriza por la diversidad de opiniones doctrinarias. En efecto, si bien parte de la doctrina moderna tiende a ampliar el cometido de los órganos de control externo hacia esas cuestiones en razón de la necesidad de demostrar la necesaria razonabilidad entre el dinero gastado y la eficiencia, eficacia y economicidad de esa gestión pública, se tropieza aun con la postura rígida de limitar el cometido del control externo al sólo ámbito de la legalidad financiero-contable.

Es necesario ampliar las funciones del control externo hacia las cuestiones de oportunidad y conveniencia, pero no debieran ser los Tribunales de Cuentas los organismos que lleven adelante dicha tarea.

El control por auditorías planteado en el presente trabajo y los resultados que se obtengan, es un instrumento que permitirá dar soporte al control posterior efectuado en las Divisiones, donde los Relatores deben analizar las rendiciones de cuentas (diarias y

mensuales) efectuadas por los cuentadantes dentro del marco de la legalidad. Además, permitirá detectar posibles inconsistencias en la organización del trabajo dentro del Tribunal de Cuentas y proceder a su corrección, a fin de “realizar el control que le corresponde de la mejor manera posible, con total independencia de criterio, aprovechando los recursos humanos, materiales y financieros disponibles, en un todo de acuerdo al medio externo en el cual debe desenvolverse.”

Un aspecto relevante que no debe escapar a este análisis es la necesaria capacitación en temas vinculados al Sector Público y más precisamente al control y responsabilidad de los funcionarios públicos. Esta capacitación debe estar dirigida en dos direcciones: una de ellas, es la que desde el Tribunal se debe brindar a los Cuentadantes, la que permitirá lograr mejores rendiciones de cuentas disminuyendo el número de pedidos de antecedentes o explicaciones de los comprobantes presentados; por otro lado, nos encontramos con aquella capacitación que debieran recibir los agentes encargados del control mismo, la que permitirá realizar mejores estudios de las rendiciones de cuentas, fomentar las capacidades intelectuales para lograr un mejor análisis crítico de las situaciones y su correlativa unificación de criterios a la hora de obtener una opinión fundada sobre cuestiones controvertidas.

El Tribunal de Cuentas, a través de la reglamentación de las tareas pertinentes de cada agente y de una mejor organización y sincronización de las distintas áreas que conforman el Organismo, debiera tender a brindar a estos Relatores, Jefes de Sala y Auditores, un marco legal preciso que resguarde la responsabilidad que tienen en lo referente a la realización de su labor de control, limitándolo a un eficiente control de legalidad; dejando en manos de los organismos públicos a los cuales por mandato constitucional les corresponde, el control de gestión.

BIBLIOGRAFÍA

- CANO, Héctor Alfredo (1998): *Algunas consideraciones sobre la Naturaleza y Alcances de la Jurisdicción Contable en sede de los Tribunales de Cuentas, frente a las Reformas de la Administración Financiera y el Control en el Sector Público*. San Juan. Área de Investigación del IETEI.
- CARDÓN, Rubén C. A. (1996): *Estudios sobre Tribunales de Cuentas y de Control Público*. Salta: Imprenta de la Legislatura de Salta.
- LAS HERAS, José M. (2010): *Estado Eficiente. 3era.*

Edición. Administración Financiera Gubernamental. Un enfoque sistémico. Buenos Aires: Osmar D. Buyatti Librería Editorial.

- LICIANO, Cayetano (1992): *Análisis crítico de la ley de administración financiera y de control del sector público nacional.* Buenos Aires: Anales de la Academia Nacional de Ciencias Económicas, volumen XXXVII.
- NÚÑEZ, José A. (2006): *Manual de Auditoría Gubernamental. Control democrático contra la corrupción y el despilfarro.* Buenos Aires: Ediciones Rap.
- PIZZUTO, Felipe L. (2007): *La evolución del pensamiento financiero, los sistemas presupuestarios y el control público.* Buenos Aires: XXIV Simposio Nacional de Profesores Universitarios de Contabilidad Pública. Universidad de Morón.
- VALLÉS VIVES, Francesc (2003): *El control externo del gasto público: configuración y garantía constitucional.* España: Centro de Estudios Constitucionales.
- VILLEGAS, Héctor B. (2009): *Curso de Finanzas, derecho financiero y tributario.* Buenos Aires: Editorial Astrea.

CRIMINOLOGÍA Y DERECHO PENAL

María Eugenia SCHIJVARGER¹

INTRODUCCIÓN. OBJETO DE ESTUDIO DE LA CRIMINOLOGÍA

Quienes nos embarcamos en la profundización del saber en el ámbito del Derecho Penal, no podemos soslayar el aporte de la Criminología con relación al estudio de aquellos comportamientos humanos que reflejan y expresan conflictividad social, y a los cuales el derecho penal podrá o no captar como disvaliosos, ligándolos a la aplicación de alguna pena a través de la criminalización primaria.

En atención a que este aporte está llamado a intentar contribuir en la formación de estudiantes de grado de la carrera de abogacía, entendemos relevante destacar que el concepto de “delito” como objeto de estudio de la criminología diferirá de aquel utilizado por el Derecho Penal.

Mientras que para la primera el delito será un problema social, para el segundo, quedará por mandato constitucional, circunscripto al recorte de aquellas conductas definidas por la ley, con anterioridad al hecho que se reprocha a quien se haya individualizado como autor.

García Pablos de Molina ha expresado con respecto al primero de los enfoques que:

...es un problema de la comunidad, nace en la comunidad, y en ella debe encontrar fórmulas de solución positivas. Es un problema de la comunidad, de todos: no sólo del sistema legal, por la misma razón

1 Abogada, egresada de la Fac. Derecho y Cs. Sociales de la UBA; “*Magister en Abogacía del Estado*” Procuración del Tesoro de la Nación; Alumna regular de la Maestría en Ciencias Penales, dictada en la Fac. de Cs. Económicas y Jurídicas de la UNLPam; Jefe de Trabajos Prácticos. Materia “Derecho Comercial” en la Fac. de Cs. Económicas y Jurídicas de la UNLPam; Jefe de Oficina Judicial, Fuero Penal, Poder Judicial de La Pampa. Mail: reinames@yahoo.com.ar

que el delincuente y la víctima son miembros activos de aquella. Nada más erróneo que suponer que el crimen representa un mero enfrentamiento simbólico entre la ley y el infractor. Y que el delito -la obra del delincuente- preocupa e interesa sólo al sistema: a la Policía, a los Jueces, a la Administración Penitenciaria. (Antonio García Pablos de Molina: 241).

He aquí entonces no sólo una sustancial distinción entre la criminología y el derecho penal en punto al mayor y menor espectro abarcativo respectivamente, sino también en cuanto al análisis en perspectiva social de la primera, e individual del segundo, que sólo aborda la atribución o no de responsabilidad penal a quien se syndique como autor de un hecho.

OBJETO DE LA CRIMINOLOGÍA. EVOLUCIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO DE LA CRIMINOLOGÍA. DISTINTAS ESCUELAS.

El objeto de estudio de la criminología sufrió mutaciones desde sus orígenes, toda vez que se vio naturalmente influido por las distintas corrientes de pensamiento histórico y filosófico. Es así como arribamos a una obligada mención acerca de cómo las escuelas criminológicas condicionaron o definieron este objeto de estudio de la criminología.

ESCUELA CLÁSICA

El puntapié de las ciencias criminológicas puede ubicarse en Europa, durante el Siglo XVIII. Esta etapa se conoce como “Escuela Clásica”, y plantea un abordaje de la criminología cuyo objeto prácticamente se fusiona, confunde o superpone con el estudio del derecho penal. Este posicionamiento ocurre en un contexto de desplazamiento de una economía feudal, a otra capitalista, con la consecuente migración y concentración de población rural, hacia las ciudades.

En el plano de las ideas, se identifica al hombre como un ser libre, racional, capaz de decidir en términos de costo beneficio, lo que lleva a atribuir a la pena, una finalidad de prevención general, es decir prevenir la comisión de delitos permitiendo al potencial delincuente balancear los costos (efectos de la pena) con los beneficios que obtendría delinquiendo. Enseña Antonio García Pablos de Molina, refiriéndose a los lineamientos de la Escuela Clásica y a las críticas que se formulan a esta posición que:

...el Derecho Penal simboliza la respuesta primaria y natural por excelencia al delito, la más eficaz. Dicha eficacia depende fundamentalmente de la capacidad disuasoria del castigo, esto es, de

la gravedad del mismo. Prevención disuasión e intimidación, según esto son términos correlativos: el incremento de la delincuencia se explica por la debilidad de la amenaza penal; el rigor de la pena se traduce necesariamente en el correlativo descenso de la criminalidad...La pena, en puridad no disuade: atemoriza, intimida. Y refleja más la impotencia, el fracaso, la ausencia de soluciones que la convicción y energía imprescindibles para abordar problemas sociales. Ninguna política criminal realista puede prescindir de la pena pero tampoco cabe degradar la política de prevención convirtiéndola en mera política penal...El modelo de prevención clásico releva un análisis demasiado primitivo y simplificador del proceso de motivaciones del propio mecanismo disuasorio. Profesa una imagen intelectualizada del infractor, casi algebraica, ingenua, al suponer que la opción delictiva es producto de un balance de costes y beneficios, de una fría y reflexiva decisión racional en la que el culpable pondera la gravedad de la pena señalada al delito y las ventajas que éste le puede deparar. (1996:242/3).-

Es así como se instala una concepción de pena lo suficientemente severa como para desalentar la delincuencia en términos de costo/beneficio, con el necesario correlato de la efectividad del sistema penal en cuanto a la certeza de su pronta aplicación.

En el plano de las penas, aparece la prisión.

ESCUELA POSITIVA

Esta corriente de pensamiento, explica las causas del delito a partir de considerar que existe en ciertas personas una predisposición delictiva biológicamente dada.

Pueden sintetizarse aquí dos vertientes a saber:

a) La concepción de CESARE LOMBROSO (1835-1909), que considera que la posibilidad de delinquir está determinada sólo biológica o genéticamente definiendo así lo que dio en llamar “*delincuente nato*”. En esta visión la predisposición a delinquir es tan fuerte que la sociedad no puede hacer nada para evitarlo. Dice Zaffaroni:

Para Lombroso el delincuente era un ser atávico, un europeo que no culminaba su desarrollo embriofetal, o sea, un europeo que nacía mal terminado y por eso se parecía al salvaje colonizado. No tenía moral, se parecía físicamente al indio o al negro, era insensible al dolor, infantil, perverso...Con la biologización del delito la criminología nacía académicamente como un saber que se dedicaba a señalar signos y síntomas de una especie generis humani inferior, como capítulo de la antropología física. Su objeto estaba bien delimitado: se trataba del estudio de un grupo humano biológicamente inferior. (Zaffaroni: 2005).

b) Por su parte es de relevancia la concepción de ENRICO FERRI (1856-1929), “Teoría Multifactorial de la Delincuencia” que postula que en todo delincuente existe una persona biológicamente anormal, pero mientras la anormalidad del delincuente nato es lo único relevante para determinar la comisión de delitos, existen para él otros delincuentes donde el disparador a delinquir se activa cuando se combina con factores coyunturales de corte social, ambiental, geográficos o económicos.

A diferencia de la Escuela Clásica, que presupone que las personas deciden en libertad, en el planteo de la escuela positiva, el delincuente está llamado a delinquir sin poder reflexionar sobre ello, puesto que obedece a un mandato genético o biológico predeterminado.

Dice Ferri:

El hombre que comete un delito, sea por impulso propio fisiopsíquico dominante (causa endógena) o por predominio de condiciones de ambiente (causa exógena) se encuentra en condiciones anormales, por lo menos, en el momento en que realiza el hecho. Si así no fuera, la repugnancia que opone el sentido moral y la previsión de las consecuencias dolorosas que han de seguir, le harían abstenerse del delito. Si delinque ello significa que por condiciones permanentes (congénitas o adquiridas) o transitorias, su actividad psíquica funciona anormalmente, esto es, de manera no adaptada a las condiciones de existencia social según el ambiente propio en que cada hombre vive y actúa. Serán diversas las gradaciones de este defecto de adaptación psíquica o de este funcionamiento anormal de la actividad psíquica, según se trate de un delincuente pasional (que delinque, verbigracia, por haber sufrido una grave ofensa en su honor), de un delincuente ocasional (autor por ejemplo de un hurto leve sin circunstancias agravantes) o de un delincuente nato o loco (reo por ejemplo de parricidio) pero la anormalidad psíquica es inseparable de la acción delictiva. (1933: 244, 245).

En ese orden de ideas, la escuela positiva no puede entender la pena en función de la responsabilidad individual del criminal, ni tampoco postular que la pena tiene una función de prevención general, toda vez que los potenciales criminales natos no se verán amedrentados por la aplicación de castigos a otros dada su falta de raciocinio.

Se inserta así el concepto de que la sociedad debe defenderse, de la delincuencia, y en consecuencia el tipo de pena dependerá del grado de “corregibilidad” del delincuente.

Dice al respecto Ferri:

“Y como quiera que la defensa debe adaptarse a la potencia ofensiva, resulta que de manera espontánea el ordenamiento de las

sanciones represivas de la ley penal viene derivado de la mayor o menor peligrosidad de los delincuentes...sea tomando como base la clasificación de los delincuentes según la diversa peligrosidad que presenta de ordinario cada una de estas categorías (por lo que el delincuente nato es de ordinario más peligroso que el ocasional y el loco más peligroso que el pasional) sea haciendo las sanciones adaptables al grado particular de peligrosidad criminal que caso por caso se presenta al Juez..." (1933/pág. 313).

Zaffaroni expresa:

La elaboración teórica de este pensamiento en términos de sociología spenceriana y su traducción jurídica la llevó a cabo Enrico Ferri, el expositor más polémico de la llamada escuela positivista. Ferri retomó la famosa defensa social donde la había dejado Romagnosi y concibió a la pena como represión necesaria para neutralizar la peligrosidad... (Zaffaroni: 2005).

Para aquellos que resulten delincuentes natos, proponen un sistema de penas perpetuas, como la única forma de que el delincuente no vuelva a delinquir. Para los corregibles, la pena tendría una función re educadora pero indeterminada en el tiempo hasta que se lograra este objetivo. En este sentido Ferri (1900,II:267) dice "La indeterminación de la pena es una consecuencia lógica de la teoría según la cual la pena no debe ser la retribución de una falta por un castigo proporcionado, sino una defensa correspondiente al poder que el delincuente tiene para hacer daño y a sus probabilidades de reacción social...". La duración de la pena va en proporción directa con el cese de la peligrosidad del delincuente respecto de la sociedad.

Para tratar de combatir la peligrosidad del delincuente los autores positivistas defienden que la pena tenga un contenido reeducativo. Los medios de la reeducación deben ser el trabajo, la educación, la moralización y la disciplina (Ferri, 1900, II: 330-332). Para que el recluso se sienta parte activa en este proceso reeducador se debe instaurar un sistema de disminución gradual de las penas (sistema progresivo) cuya última fase consista en un tratamiento en libertad (libertad condicional) (Lombroso, 1878:421-429). En coherencia con la filosofía de la pena indeterminada, la progresión del recluso hasta la atenuación de la pena sólo debe producirse en la medida en que el tratamiento re educador haya servido para ir disminuyendo su peligrosidad. (José Cid, Elena Larrauri, 2001: 64/65).

Con respecto a las causas económicas, geográficas o coyunturales que se combinan con las biológicas proponen medidas preventivas no penales que tiendan a reducir la existencia de estas

segundas causas generadoras tales como mejorar i) condiciones económicas de las localidades, ii) los sistemas asistenciales, iii) reducir los precios, iv) mejorar el alumbrado público, etc.-

ESCUELA DE CHICAGO

Explica la delincuencia focalizando sobre las condiciones de vida en determinadas áreas de la ciudad y no en el origen de la población. Sobre el punto explica García Pablos de Molina que:

El marco de atención de estos autores es la gran ciudad como unidad ecológica, y su reflexión, su tesis, que existe un claro paralelismo entre el proceso de creación de los nuevos centros urbanos y la criminalidad de los mismos, la criminalidad urbana... La ciudad produce delincuencia. En el seno de la gran urbe cabe apreciar la existencia de zonas o áreas muy definidas (el gangland o delinquency areas) donde aquella se concentra (1996:187).

A través de la realización de estudios sociológicos de campo sobre la delincuencia juvenil, se determinó que ésta estaba desigualmente distribuida en los sectores de la ciudad, concentrándose en mayor medida en aquellos sectores con mayor pobreza, mayor heterogeneidad cultural, y mayor delincuencia adulta.

Explican que en las áreas con las características descriptas: a) las personas encuentran dificultades importantes a la hora de satisfacer sus necesidades a través de medios lícitos y b) se encuentran inmersas en un grupo social que les dificulta impregnarse de valores comunes y ponerlos en práctica. Así José Cid y Elena Larrauri (2001:85) expresan, las condiciones ecológicas antes señaladas (pobreza general de la población, deterioro físico, movilidad, heterogeneidad étnica y delincuencia adulta) la comunidad encuentra obstaculizada de llevar a la práctica sus valores comunes por tres razones principales a) menor capacidad de asociación o de cohesión social; b) menor posibilidad de control sobre las actividades desviadas; c) mayor exposición de los jóvenes a valores desviados. Las asociaciones existentes en un barrio (asociaciones de vecinos en defensa de los intereses comunes, culturales, deportivos, de voluntariado social, entre otras posibles) son importantes porque una de sus principales funciones consiste en canalizar a los jóvenes hacia motivaciones convencionales. Pero estas asociaciones son más difíciles que existan en un barrio que la gente sólo piensa en dejar cuando mejoren sus recursos.

Encuadran entonces bajo la figura de “Comunidad Desorganizada” aquellas áreas con las características descriptas, donde el individuo no interactúa con valores comunes que

luego pueda poner en práctica, situación que permite se instalen comportamientos cercanos a las conductas delictivas.

Refiere Pablos de Molina respecto de la Comunidad Desorganizada:

La teoría ecológica explica este efecto criminógeno de la gran ciudad acudiendo a los conceptos de desorganización y contagio inherentes a los modernos núcleos urbanos, y sobre todo, invocando el debilitamiento del control social que en éstos tiene lugar. El deterioro de los grupos primarios, la modificación cualitativa de las relaciones interpersonales...la alta movilidad y consiguiente pérdida de arraigo al lugar de residencia, la crisis de los valores tradicionales y familiares, la superpoblación, la tentadora proximidad a las áreas comerciales e industriales donde se acumula riqueza y el mencionado debilitamiento del control social crean un medio desorganizado y criminógeno. (1996:188).

Bajo este punto de vista, las propuestas de reducción de criminalidad no serán enfocadas en la faceta individual del infractor sino en acciones que permitan transformar las condiciones de vida comunitaria. Explica Larrauri:

La pobreza individual y la desorganización social parecen interactuar de la siguiente manera: una persona pobre que vive en un barrio desorganizado carece de oportunidades (convencionales) de promoción social y se siente menos vinculado a los valores convencionales; en cambio, una persona pobre que viva en un barrio organizado tiene más oportunidades de promoción social y se siente más ligado a los valores convencionales. Esto significa que los barrios organizados no sólo sirven para transmitir más eficazmente los valores convencionales sino que además ofrecen más oportunidades para salir de la pobreza. Por tanto, medidas individuales para afrontar la pobreza deben ir acompañadas de intervenciones ecológicas que incrementen el nivel de organización del barrio.

En tal virtud las acciones a tomar deberían conducir a evitar a) que los vecinos deseen abandonar el barrio evitando su deterioro edilicio, evitando la concentración de población marginada, favorecer las oportunidades de formación a las personas de bajos recursos, fomentar el asociacionismo, e incrementar la vigilancia.

TEORÍA DE LA ASOCIACIÓN DIFERENCIAL (1924-1947)

Parte de la premisa de que las conductas delictivas se aprenden, a través de un proceso de comunicación que se produce en grupos que comparten ciertos vínculos personales.

Su principal exponente es un sociólogo norteamericano, Sutherland (1883-1950), quien vuelca su visión en la obra

“Criminology”, de 1924.

Tomando el concepto de “Comunidad Desorganizada” que aporta la Escuela de Chicago, esta concepción sostiene que en este tipo de organizaciones se favorece el aprendizaje de conductas delictivas.

En este marco, y advirtiendo que esta pretendida “comunidad desorganizada” tiene virtualidad para transmitir otros valores que son aprendidos por quienes se vinculan en ese ámbito, opta por denominarla “Organización Social Diferencial”.

En este orden de ideas la teoría plantea que existen grupos sociales organizados a favor o en contra de la ley, y que dentro de estos últimos el comportamiento delictivo se aprende. Dicen José Cid y Elena Larrauri:

Por lo que se refiere al aprendizaje de motivos, justificaciones, y actitudes esto es la racionalización de nuestros actos, conviene precisar que una primera lectura puede llevar a la conclusión de que la persona aprende un valor cultural distinto. En este supuesto, la persona al actuar de acuerdo al valor que ha aprendido puede chocar con el sistema normativo vigente en otro país...sin embargo una posible segunda interpretación es que la persona aprende a delinquir no sólo cuando acoge un valor normativo distinto de la cultura dominante sino también cuando la persona asume que determinado problema o necesidad puede ser resuelta por el delito, es decir aprende a justificar su realización. (2001:104)

Puede advertirse que esta teoría permite avanzar y demostrar que la delincuencia es un comportamiento aprendido, y no una determinante biológica como pretendía sostener la escuela positivista.

TEORÍA DE LA ANOMIA

El principal expositor de esta corriente es Robert Merton, quien en 1938 publica “Anomie and Social Structure”, manteniéndose como teoría dominante en EEUU hasta aproximadamente finales de los años sesenta.

Plantea que existe en la sociedad una fuerte presión a incumplir la ley, y que dicha presión se origina en un mandato social dado, según un ideal de meta pretendidamente universal que impone a todas las personas alcanzar determinados objetivos (tal como el éxito económico).

Cuando éstos no pueden lograrse por medios lícitos, se abre un intersticio que empuja a los individuos a alcanzar las metas como sea, inclusive delinquiendo. Carlos Alberto Elbert expresa:

Merton sostuvo que la compulsión al éxito impuesta a sus

ciudadanos por los valores hegemónicos de la sociedad norteamericana era desproporcionada, en relación al énfasis que se ponía en la recomendación de los medios lícitos para alcanzar los logros individuales. Las ideas del sueño americano, del self made man, y en suma, la filosofía inmigratoria del hacerse la América en una sociedad donde el éxito había permitido espectaculares ascensos sociales estaba en crisis y las posibilidades de adaptación a las nuevas condiciones se habían vuelto escasas. De este modo Merton y otros funcionalistas continuaron reforzando la idea de que quienes estaban más expuestos a delinquir eran los que ocupaban los lugares más bajos en la escala social, porque se suponía que tenían más proximidad con actividades ilícitas o irregulares, puesto que los medios lícitos para perseguir ciertos fines materiales o inmateriales no les eran accesibles. (2010:126).-

Enseña Larrauri (2001: 127), que en este tipo de sociedades habitualmente se da un desequilibrio cultural entre fines y medios puesto que los distintos canales de transmisión de valores someten a las personas a una intensa presión para que escalen en el orden social, desvalorando a la persona que deja de esforzarse en conseguir cada vez más dinero. Ello sumado a un universalismo en la definición de los fines - los cuales se extienden a todas las personas- y una desigualdad de oportunidades, que bloquea y limita la posibilidad efectiva de los sectores más bajos de acceder por medios lícitos al preciado ascenso social.

Esta teoría explica las condiciones que harían que determinada persona eligiera un medio ilícito para llegar a cumplir el objetivo social generalmente aceptado, pero no explica las razones por las cuales existen personas que no logran cumplir con el éxito económico pero que en vez de procurárselo de manera ilegal, prefieren resentir el objetivo. Larrauri dice:

A esta forma de adaptación de la persona en este medio social lo denomina Ritualismo. En el ritualismo la persona se desvincula de las metas de éxito, renunciando a alcanzarlas, pero no obstante se mantiene fiel a los medios lícitos. No estamos frente a una conducta delictiva sino meramente desviada (porque la persona se distancia de un valor cultural que es asumir el fin del éxito y los demás le verán como una persona que ha fracasado) que se dará principalmente entre personas de clase media baja que teniendo dificultades estructurales para alcanzar los fines de éxito han sido más socializados que la clase baja al respecto a los medios lícitos. (José Cid, Elena Larrauri, 2001:131).

Emerge así una visión que intenta explicar esta diferente actitud entre quienes se vuelcan a conseguir los fines con medios ilegales y entre quienes prefieren resignar el objetivo.

Es aquí donde cobra relevancia entonces el seno donde se socializó una persona cuyos objetivos sociales no pueden ser alcanzados lícitamente. Si en su grupo de referencia no encuentra estructura para aprender las técnicas delictivas, esa persona optará por resignar los fines sociales sin delinquir.

La aportación de Cloward Olhin a la teoría de la anomia supone la integración de las dos teorías criminológicas más importantes que habían existido hasta los años sesenta: la teoría de la anomia de Merton y la teoría de la asociación diferencial de Sutherland. Del primero cogen la idea de que existe más presión a la delincuencia en los jóvenes de clase baja, que son los que tienen oportunidades más limitadas; del segundo toman la idea de que el delincuente requiere haber tenido un contacto diferencial con personas que le hayan transmitido motivaciones y técnicas delictivas y lo desarrolla diciendo que sólo en determinados ámbitos existirán estas tradiciones que pueden ser transmitidas a otras personas. De ahí surge la idea de que la delincuencia de clase baja requiere no sólo de un bloqueo de oportunidades lícitas sino también de la disponibilidad de oportunidades ilícitas". (José Cid, Elena Larrauri, 2001:134).

TEORÍA DE LAS SUBCULTURAS DELICTIVAS

Esta corriente profundizó el estudio del comportamiento delictivo originado en las bandas juveniles, compuestas – principalmente- por jóvenes de sexo masculino, pertenecientes a la clase obrera, y tiene como base dos teorías criminológicas reseñadas precedentemente: la teoría de la anomia, y la teoría de la asociación diferencial.

El exponente más significativo de esta corriente fue Albert K Cohen:

...estudió diversas bandas de delincuentes juveniles, y creyó advertir que sus integrantes se cohesionaban en torno a valores y creencias propios, que se generaban con el trato entre jóvenes situados en circunstancias similares. Expuso su teoría en el libro *Delinquent Boys: The Culture of the Gang* en 1955. Esto significaba que tales grupos generaban sus propios valores, apartándose de los hegemónicos, otorgándose un estatus propio y concibiendo su desviación como meritoria, aún cuando estuviera en contra de los valores dominantes, que para Cohen eran siempre los de la clase media. De tal modo, los jóvenes de las clases bajas sintiéndose rechazados e inferiores respecto a los de las medias y altas, reaccionaban apartándose de los patrones de comportamiento social de éstas, para adaptarse de otra manera a la vida en común. En consecuencia la elección de una nueva variante cultural fue vista como un proceso psicológico de formación reactiva (proceso

denominado en otras teorías como mecanismos de neutralización) para compensar angustias y frustraciones logrando algún grado de estima social (2010: 131).

Esta visión asume por un lado que existe una disconformidad, y una frustración en los individuos que no logran acceder al mandato medio de éxito (tal como postula la teoría de la anomia) y por otro lado, vincula esta situación con las conductas que se aprenden en el seno de la socialización, es decir, quien se involucra con un grupo que posibilita el acceso y el aprendizaje de comportamientos desviados o delictivos, aprende a delinquir.

Es así que al joven de clase obrera que vive tal conflicto se le presentan tres alternativas: la primera, esforzarse por alcanzar las metas sociales con fines lícitos aunque no logre conseguir los objetivos propuestos en función de dificultades de base comparado con jóvenes que se han desarrollado en familias más acomodadas; la segunda, resignar los objetivos de ascenso social y socializar con quienes se encuentran en su misma situación de modo de mitigar la frustración, la tercera: rechazar las pautas medias de éxito y cambiar la pauta valorativa, re direccionando las conductas valoradas hacia aquellas acciones que el joven está en capacidad de controlar y conseguir realizar. José Cid y Elena Larrauri dicen:

La tercera respuesta (basada en la subcultura delictiva) consiste en cambiar el marco de referencia de la persona. El nuevo marco debe llevar a definir como meritorio capacidades de las que el joven dispone. Para que esta solución sea factible se requiere que el joven asuma como grupo de referencia a unos chicos, con problemas de adaptación semejantes, que puedan aceptar un nuevo marco de referencia. A partir de ahí, el joven ha de explicar la reacción de los demás ante un acto suyo – por ejemplo un acto vandálico, un hurto, una confrontación con otras personas – que no sea aceptable de acuerdo al antiguo marco de referencia pero del que se espera aceptación por parte del nuevo grupo. Cuando la persona tras la exploración advierte que el acto puede ser asumido por el grupo como una nueva forma de estatus, es cuando se lanza a la innovación cultural. Cuando el grupo atribuye reconocimiento al comportamiento transgresor se está indicando un cambio de valores y se abre una vía para solventar los problemas de status de los miembros del grupo, pues todos ellos pueden recibir valoración positiva por actos transgresores que tienen capacidad para realizar”. (COHEN 1955:67,59-65 y 136. Citado por José Cid, Elena Larrauri, 2001:156).

Es en este plano donde esta corriente se aparta de la teoría de la anomia y de la asociación diferencial. Al respecto expresa Pablos de Molina:

...para los modelos subculturales no son ciertas áreas deterioradas (desorganización social) las que generan la criminalidad de las bajas clases sociales que habitan las mismas, sino todo lo contrario: las subculturas criminales son un producto del limitado acceso de las clases sociales deprimidas a los objetivos y metas culturales de las clases medias, operando como instrumento para que aquellas obtengan sus formas de éxito alternativas o sucedáneos gratificantes en guetos restringidos. Dicho de otro modo, el delito no es consecuencia de la desorganización social, de la carencia o vacío normativo, sino de una organización social distinta, de unos códigos de valores propios o ambivalentes respecto de los de la sociedad oficial: de los valores de cada subcultura. (1996:207).

Una vez trastocado el marco de referencia valorativa, se requiere aun de dos procesos más para que se conforme una subcultura delictiva. Ellos son un proceso individual de ruptura con la ética dominante y un proceso grupal de aislamiento del grupo con el medio externo. José Cid y Elena Larrauri han expresado:

Para combatir la ansiedad que produce infringir la ética que ha interiorizado, la persona deberá demostrarse a sí misma que carece de cualquier apego a la ética. Así se explican las formas de violencia irracional (una sobreactuación para combatir la inseguridad hacia el propio rol) y también los delitos contra la propiedad y las personas que sirven a la persona para manifestar su rebelión contra la ética dominante, contra la fuente de su frustración. Por otra parte en la medida en que las nuevas fuentes de status para la subcultura son rechazadas por la colectividad, el grupo sólo puede sobrevivir si se aísla del mundo exterior e impide que sus valoraciones negativas le puedan hacer mella. La subcultura delictiva consiste en el rechazo explícito y global de los estándares de la clase media y en la adopción de su antítesis. (COHEN1955, 131-134; 136-137, 129, Citado por José Cid, Elena Larrauri. 2001: 157).

Dentro del ámbito de las subculturas, las mismas se clasifican en:

a) Subculturas expresivas o conflictuales: buscan el status a través de la violencia y la exhibición de fuerza física, exaltando atributos como la hombría o el honor. Por lo general, se trata de manifestaciones predominantes en jóvenes adolescentes, carentes de organización y apoyo por lo cual el grupo no logra constituir una unión muy duradera, siendo sus integrantes generalmente perseguidos exitosamente por la policía y frecuentemente prisionizados.

b) las de carácter netamente instrumental, donde la actividad delictiva se toma como si fuera una carrera, que apunta a obtener éxito económico. Cobra relevancia lo resaltado por la escuela de la asociación diferencial, que enfatizaba en el aprendizaje del

comportamiento delictual dentro de una estructura que lo facilita y posibilita.

Para que ello ocurra deben preexistir una delincuencia adulta, un ámbito de intercambio entre personas adultas que se mueven en el ámbito delictual y los jóvenes que se inician, y un intersticio donde confluyen el mundo delictual y el convencional, de manera tal que el producto de los ilícitos puede comercializarse u ofrecerse en el barrio donde vive el grupo.

c) Subculturas apáticas: Se caracterizan por integrarse con jóvenes que no han logrado reconocimiento de status ni en la clase media, ni en las subculturas conflictuales ni tampoco en las instrumentales, recurriendo así como vía de escape al consumo de drogas.

Las principales políticas criminales de este enfoque consisten en combatir la falta de oportunidades de los jóvenes de la clase obrera acentuando la creación de trabajo y alternativas de formación en los barrios más deprimidos, reconstruir comunidades sociales, e inversión en educación.

TEORÍAS DEL CONTROL

La teoría del control la expone principalmente Hirschi. Se pregunta las razones por las cuales las personas se abstienen de delinquir, invirtiendo el planteo del problema.

La pregunta ¿Qué tengo que perder? resulta bastante ilustrativa a la hora de responder ¿por qué cumplir la ley? y está relacionada fundamentalmente al mayor o menor grado de vinculación del individuo con la sociedad.

En 1957 Jackson Toby introduce el concepto de a stake in conformity (algo que perder). Con esta expresión da a entender que es más probable que el joven que tiene un buen expediente escolar realice menos delitos debido a que si los comete no sólo se arriesga a un castigo sino que también compromete su futuro profesional. Como más posibilidades hay de obtener recompensas tomando parte en la sociedad, más probable es que se evite la realización de delitos. Por el contrario cuando la persona ya está excluida de la sociedad y sus ganancias, tiene muy poco que perder si delinque.

Estos vínculos son: a) el apego, José Cid y Elena Larrauri dicen (2001:184/5) “La cadena causal es del apego a los padres, a la preocupación de conseguir la aprobación de personas que están en posición de autoridad, a la creencia de que las reglas de la sociedad limitan la conducta de uno mismo” HIRSCHI 1969:200...”Los jóvenes con poca habilidad académica pierden interés hacia la escuela y dejan de ser sensibles a lo que piensen los maestros,

los cuales cesan de ser vistos como figuras dotadas de autoridad moral capaces de influir o regular su conducta. El desapego hacia la escuela implica que el joven deja de experimentar este control social y se siente libre para delinquir”. Entendido como sensibilidad frente a la opinión de los otros, b) el compromiso como la unidad del individuo con la sociedad motivada en las ganancias que obtiene al interactuar, c) la participación en actividades convencionales que alejan al individuo materialmente de la posibilidad de delinquir, en función de no restarle tiempo libre para ello, y d) las creencias, es decir el compartir los valores sociales.

Expresa el autor “Al final las teorías del control siguen siendo lo que siempre han sido: unas teorías para las que la desviación no es problemática. Sencillamente la cuestión de por qué delinquen no es la pregunta que pretenden responder. La pregunta es ¿Por qué no lo hacemos? Hay suficiente evidencia para afirmar que todos lo haríamos si nos atreviéramos” (HIRSCHI 1969:34 citado por Cid Larrauri: 183).

En función de esta posición, las políticas criminales estarán basadas en acciones a largo plazo de fortalecimiento de la familia como conductora del control social durante los primeros años de la niñez así como también el refuerzo en la política educativa.

TEORÍA DEL ETIQUETAMIENTO

Se origina en EEUU a partir de los años sesenta. Los autores que han trabajado esta posición son LEMERT, ERIKSON, KITSUSE, BECKER, y SCHUR.

Desde este enfoque no se puntualiza tanto -como sí ocurría en las teorías anteriores- en las causas de las conductas desviadas, sino en los procesos sociales que definen como desviada una conducta y a la reacción que la sociedad produce frente a la misma. Expresa Larrauri:

Por último debemos tener en cuenta que los teóricos del etiquetamiento centran sus estudios normalmente en conductas desviadas (pero no necesariamente criminalizadas) y en la reacción social negativa que se produce. El traslado de sus ideas al estudio de delitos y delincuentes conlleva que la criminología dirija su atención al proceso de creación y aplicación de una norma penal para contestar las siguientes preguntas ¿qué comportamientos son catalogados de delitos? ¿por qué razones? ¿a qué comportamientos se aplican las normas penales? ¿Qué consecuencias tiene aplicar una pena? Ello comporta empezar a estudiar no sólo la persona del delincuente sino también el funcionamiento del sistema penal, lo cual constituye sin duda la gran aportación de la perspectiva de

la reacción social a la criminología. (José Cid y Elena Larrauri, 2001:201).

Asimismo, estudia las consecuencias que produce en el individuo señalado como desviado, o al decir de la teoría al “etiquetado” como productor de la conducta disvaliosa. ¿Importa este etiquetamiento en el sujeto que lo sufre la asunción de una nueva identidad?

La teoría plantea dos momentos, uno al que denomina desviación primaria, se produce la primera vez que la persona comete un acto desviado. En este momento sólo resulta un infractor, sin que necesariamente la persona continúe cometiendo este tipo de conductas. Ahora bien, si a partir de la comisión del acto desviado, este “infractor inicial” fuese captado por el sistema penal, sometido a proceso, y condenado, se produce la colocación de “la etiqueta” de delincuente, provocando entonces una ruptura del individuo con la sociedad, un segregamiento o estigmatización, que termina por producir que “el etiquetado” como delincuente asuma ese rol y se avoque a este tipo de conductas, consolidándose entonces la desviación secundaria o asunción del rol de delincuente.

Expresa al respecto Larrauri:

El proceso es descripto de la siguiente forma por LEMERT: “cuando una persona realiza un delito es probable que por este hecho aislado no se defina a sí misma como delincuente. El no es un delincuente sino que su acto se lo explica por ejemplo porque otro le había agredido antes, porque se lo pidieron sus colegas, porque necesitaba la droga, porque hay paro o porque perdió el control. El porqué la persona realiza en primer lugar este acto inicial desviado o delictivo depende de numerosas causas, desde procesos psicológicos hasta el aprendizaje que haya recibido, factores situacionales o condiciones estructurales. En la medida en que los actos desviados no han sido integrados por la persona para formarse una nueva personalidad o rol y en la medida en que no son utilizados por la sociedad para adscribirle un nuevo status pueden definirse como desviación primaria.

Sin embargo cuando estos actos se repiten, cuando la reacción de la sociedad se va haciendo más severa y permanente, cuando interviene el proceso penal, es posible que se produzca una reordenación de la personalidad de la persona. Una de las posibilidades es que la persona adopte el nuevo rol de delincuente. Asumir este rol tiene ciertos costes pero también presenta algunas ventajas. Los costes son una diferenciación, degradación de estatus y aislamiento de la sociedad convencional, pero las ventajas son que te suministra un grupo de referencia en el cual te puedes integrar, el de los delincuentes que te protege del mundo hostil circundante.

Este momento tiene trascendencia porque a partir de entonces

su futura actuación ya no obedece a las causas originarias que motivaron su desviación inicial sino a la identidad criminal que se ha forjado como respuesta a la reacción social que su desviación primaria ha ocasionado. (José Cid y Elena Larrauri, 2001:207).-

Esta teoría ha provocado importantes reflexiones sobre el papel estigmatizante que tiene la prisionización, fomentando la introducción de soluciones alternativas a la cárcel.

CRIMINOLOGÍA CRÍTICA

Se desarrolla en la década de 1970 y postula la relación de la delincuencia con la económica capitalista a la vez que efectúa una crítica al sistema penal.

Toma como base respectivamente la teoría de la anomia y la teoría del etiquetamiento.

Analiza las causas de criminalización primaria y destaca que la identificación de ciertas conductas, su prohibición y previsión como delito, obedece a la gesta de intereses entre quienes disponen de poder en una sociedad y tienen interés en prohibir y sancionar una determinada conducta. Larrauri expresa (2001:241/2), la criminología crítica tiende a caracterizarse por estudiar el delito en un contexto histórico social y económico. Ello en general lleva a los criminólogos a poner el énfasis en el proceso de criminalización, esto es, a analizar cómo, por qué y cuándo determinados comportamientos devienen delitos....la discusión de si el Derecho Penal además de proteger determinados intereses también protege los intereses de las capas sociales pobres mayoritarias es una constante de la criminología crítica. Ello no implica que los valores plasmados en el Código Penal respondan siempre a intereses económicos pero sí que los tipos penales obedecen a una cosmovisión de ciertos sectores de la sociedad y además posibilidades de concretarlo.

Por otra parte, y en punto a la crítica que efectúa al sistema penal, conserva la visión respecto de la selectividad del sistema penal que tiende a identificar a quienes menos poder tienen y a articular el mecanismo legal de persecución a su respecto, mientras que, otras conductas igualmente reprimidas, como por ejemplo los delitos de cuello blanco, no son perseguidas con idéntica vehemencia, efectividad ni frecuencia.

La crítica se basa en la utilización desproporcionada del Derecho penal contra los sectores más desprovistos de poder en una sociedad (pobres, extranjeros, personas marginadas)...el sistema penal tiene defectos estructurales que provocan un inevitable sesgo hacia las formas de delito común.

Sostiene que el objeto de la criminología no sólo es estudiar las causas del delito y prevenirlo sino que también debe estudiar el funcionamiento del sistema penal.

Para esta posición, existiendo una relación entre economía y delito existirá más delincuencia en las sociedades capitalistas y más delito entre los pobres, por lo cual las penas individuales jamás tendrían un fin realmente resocializador, toda vez que esta meta se obtendría a través de una reforma social.

En la década de los ochenta y dentro de esta corriente, surgen las corrientes abolicionistas, de la pena de prisión en una primera etapa, y del derecho penal en una segunda etapa, así como también la postulación de la posibilidad de resolver los conflictos a través de la mediación entre la víctima y el delincuente. Al respecto Carlos Alberto Elbert dice:

Los autores abolicionistas sostienen que el sistema penal, al que se presenta como racional, concebido y creado por y para el hombre resulta en realidad incoherente, Para ellos, una vez que el sistema penal es puesto a andar, continúa solo y nadie sabe hacia dónde conduce, porque la lógica del castigo impide que el sistema logre manejar razonablemente algún conflicto. Se reivindica la ontología del delito al que sólo se le pondría una “vestidura de ideas” impidiendo comprender el hecho y organizar respuestas. Para el abolicionismo, la perspectiva penal es siempre dicotómica: blanco-negro, criminal-no criminal, culpable-inocente. Este carácter binario constituye una visión simplificadora del hombre y sus actos quitándole todo el proceso de interacción que enmarca la coexistencia humana, centrándose apenas en algunos aspectos de ella...El abolicionismo parece estar prisionero de su fácil delimitación de un objeto: si lo mantiene concentra fuerza, pero se le torna difícil la operatividad en el campo social; si se aleja del objetivo final pierde contorno y puede operar en el campo social con herramientas y proposiciones que ya son patrimonio de otras corrientes y teorías. (Carlos Alberto Elbert, 2010:104/109).

CONCLUSIÓN. RELACIÓN ENTRE LA CRIMINOLOGÍA Y EL DERECHO PENAL

Tal como hemos podido advertir del recorrido efectuado por las distintas corrientes que intentaron explicar el fenómeno criminal, la criminología abarca un campo de estudio más amplio que el Derecho Penal.

Enmarcados entonces en esta perspectiva más amplia de la Criminología respecto del Derecho Penal, traemos a colación la ilustrativa visión que aporta Diego Torrente al expresar:

La idea central que se propone es que para entender mejor el

fenómeno hay que mirar a sus cuatro esquinas: en la creación de un delito interviene un delincuente, pero también la vivencia de la víctima, la reacción del control formal (policía, jueces), y del informal (tolerancia, miedo o actitudes hacia las instituciones). No existe una única delincuencia sino que existen al menos cuatro distintas: la que viven los delincuentes, la que sufrieron las víctimas, la que castiga la justicia y la que teme la población. (2001:20)

Bajo este paradigma, la ciencia criminológica ofrece a las agencias de decisión política, conocimiento fáctico relacionado al delito y sus causas, al delincuente, a las víctimas, así como también elabora propuestas de medidas de reducción de la criminalidad. En este sentido facilita al político-estadista la información necesaria para tomar una decisión en punto a la selección de una opción que mejore el status quo. Sobre el punto expresa Antonio García Pablos de Molina (1996:79), “La información que puede aportar la Criminología válida y fiable tiene un triple ámbito: la explicación científica del fenómeno criminal, de su génesis, dinámica, y principales variables; la prevención del delito y la intervención en el hombre delincuente.”

El derecho penal, por medio de la criminalización primaria selecciona una parte de la realidad estudiada por la ciencia criminológica intentando dar una respuesta al problema de la criminalidad a través de la aplicación de penas.

Es amplio el debate tanto acerca de si la opción de utilizar el Derecho Penal es o no la más útil, la más eficaz, o el mejor camino. Con respecto al aporte de la Criminología enseña el autor precedentemente citado que el conocimiento criminológico:

debe conducir a una intervención meditada y selectiva capaz de anticiparse al mismo -al delito- de prevenirlo, neutralizando con programas y estrategias adecuadas sus raíces. Naturalmente se trata de una intervención eficaz, no de una intervención penal ya que esta última por su coste social y nocivos efectos debe ser siempre subsidiaria, de acuerdo con el principio de intervención mínima. Intervención pues que no se limite a incrementar el rigor legal de las prohibiciones, ni a incentivar el rendimiento y efectividad del control social formal sino dar respuesta al problema humano y social del delito con la racionalidad y eficacia propias de la denominada prevención primaria. La selectividad del fenómeno criminal y la conocida relevancia de otras técnicas de intervención no penales para evitar aquel, constituyen los dos pilares de los programas prevencionistas. (1996: 81)

Excede el propósito del presente trabajo intentar abarcar las grandes discusiones acerca del fin de la pena o las posibles políticas de prevención que puede aportar la criminología al estadista.

Dejamos así abierta la inquietud inicial, y los elementos básicos para poder situar los conocimientos de derecho penal dentro de un marco más amplio, permitiendo al lector profundizar sobre los distintos aspectos del pensamiento criminológico.

Nos parece pertinente cerrar esta introducción citando a Pablos de Molina quien expresa:

la Criminología, la Política Criminal y el Derecho Penal son tres pilares del sistema de las ciencias criminales, inseparables e interdependientes. La Criminología esta llamada a aportar el sustrato empírico del mismo, su fundamento científico. La Política Criminal a transformar la experiencia criminológica en opciones y estrategias concretas asumibles por el legislador y los poderes públicos. El derecho penal a convertir en proposiciones jurídicas generales y obligatorias el saber criminológico esgrimido por la política criminal con estricto respeto por las garantías individuales y principios jurídicos de seguridad e igualdad propios de un Estado de Derecho. (1996:89).

BIBLIOGRAFIA:

- García Pablos de Molina, Antonio (1996): *Criminología*. Valencia: Tirant To Blanch Libros
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2005): *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar
- Cid José Cid y Larrauri Elena (2001): *Teorías Criminológicas*. Barcelona: Bosch
- Elbert, Carlos Alberto (2010): *Manual Básico de Criminología*. Cuarta Edición. Buenos Aires: Eudeba
- Torrente, Diego (2001): *Desviación y Delito*. Madrid: Alianza Editorial.
- Enrique Ferri (1933): *Principios de Derecho Criminal*. Madrid. Editorial Reus SA.

INFORMACIÓN INSTITUCIONAL

Resolución N° 105/13
REGLAMENTO DE ACREDITACIÓN, EJECUCIÓN
Y SEGUIMIENTO DE LOS PROYECTOS DE
INVESTIGACIÓN

SANTA ROSA, 4 de junio de 2013

VISTO:

El Expte. N° 544/12 iniciado por el Sr. Decano de la Facultad, sobre propuesta de modificaciones a la resolución 136/00CD, y

CONSIDERANDO:

Que la resolución 136/00CD se dictó siguiendo las pautas que el Consejo Superior de la Universidad Nacional de La Pampa había emitido la Resolución N° 100/99, sobre la promoción y el modo de facilitar la actividad científica;

Que la Resolución N° 100/99CS fue modificada por la Resolución 088/02CS;

Que en Anexo I de la mencionada norma del Consejo Superior se aprueban las definiciones y pautas para la presentación, acreditación, ejecución y seguimiento de los Programas y Proyectos de Investigación;

Que la misma Resolución determina las capacidades de las Facultades para establecer diversos aspectos relacionados con las instancias ya mencionadas;

Que durante los 12 años de la aplicación de la resolución 136/00CD se han acumulado experiencias por las que se observa la necesidad de realizar modificaciones que la adecuen a las normas

del Ministerio de Educación de la Nación, de la UNLPam y a los cambios que se han producido en la sociedad, en el transcurso de ese lapso;

Que la Secretaria de Ciencia, Técnica, Investigación y Posgrado de la Facultad realiza una propuesta de modificación en el articulado del Anexo I de la mencionada resolución del Consejo Directivo;

Que ingresado el Proyecto de Resolución en Sesión, se remite a la Comisión de Asuntos Académicos, Legales y Presupuestarios para su análisis;

Que la Comisión emite despacho introduciendo modificaciones en el Proyecto y recomienda su aprobación;

Que puesto a consideración el Despacho en Sesión del día de la fecha, se aprueba por unanimidad;

Por ello:

**EL CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS ECONOMICAS Y JURIDICAS
R E S U E L V E:**

Artículo 1º.- Apruébese el REGLAMENTO DE ACREDITACIÓN, EJECUCIÓN Y SEGUIMIENTO DE LOS PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas que, como **Anexo I**, forma parte de la presente Resolución.

Artículo 2.- Deróguense las Resoluciones N° 136/00 y la 156/11 del Consejo Directivo y toda otra disposición interna de la Facultad vinculada con la Investigación que se opongá a la presente Resolución.

Artículo 3.- Regístrese. Comuníquese. Pase a conocimiento de Secretaría de Ciencia, Técnica, Investigación y Posgrado de la Facultad. Cumplido, archívese.-

ANEXO I

REGLAMENTO SOBRE ACREDITACIÓN, EJECUCIÓN Y SEGUIMIENTO DE LOS PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN

La Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas promoverá la actividad científica a través de Proyectos de Investigación que, basados en hipótesis claras y una metodología expresa y adecuada, contribuyan a la generación de conocimientos originales o apliquen conocimientos adquiridos para la solución de problemas, en un tiempo especificado y con recursos estimados razonables.

Serán considerados Proyectos de Investigación aquellos que se ajusten a lo enunciado en los diversos Capítulos del presente Reglamento.

Capítulo 1. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1º.- Los Proyectos de Investigación tendrán una duración mínima de un (1) año y una duración máxima de tres (3) años. El Consejo Directivo podrá conceder prórroga en el lapso de ejecución de los Proyectos de Investigación acreditados en la Facultad, a solicitud fundada y expresa de los Directores de los mismos que así lo requieran, por un término máximo de 1 (un) año.

Artículo 2º.- Todo Proyecto de Investigación deberá contar con un (1) Director. Puede tener, además, un (1) Co-Director. Si las características del Proyecto así lo justificaran podrá tener más de un Co-Director, lo que debe estar expresamente fundamentado en el Proyecto a evaluar.

Artículo 3º.- Podrá ser Director de un Proyecto de Investigación todo docente investigador, de reconocida trayectoria en la temática, capaz de planificar, dirigir y ejecutar el trabajo de investigación y, a la vez, de contribuir a la formación de recursos humanos, que cumpla con los requerimientos que fija la Secretaría de Políticas Universitarias del Ministerio de Educación de la Nación.

Artículo 4º.- Si el Director de un Proyecto de Investigación no fuera docente de la Universidad Nacional de La Pampa, deberá pertenecer a otra Institución Universitaria o, a un Instituto de

Investigación, conforme a las exigencias que fija la Secretaría de Políticas Universitarias del Ministerio de Educación de la Nación. En tal caso, el Proyecto de Investigación deberá contar con un (1) Co-Director docente-investigador de la Universidad Nacional de La Pampa. De no poder proponerse un Co-Director del Proyecto que sea docente-investigador de la UNLPam., el Director designará a un integrante del Equipo de Trabajo que pertenezca a la Facultad, como nexo con la Secretaría de Ciencia, Técnica, Investigación y Posgrado y/o el Consejo Directivo.

Artículo 5.- El Director y/o el Co-Director sólo podrán participar en tal carácter en, a lo sumo, dos (2) Proyectos de Investigación de la Universidad Nacional de La Pampa, entendiéndose la Co-dirección como equivalente a la Dirección.

Artículo 6.- Si el Director y el Co-Director de un Proyecto de Investigación no pudieran desarrollar transitoriamente la tarea originalmente propuesta, por razones particulares, académicas y/o de investigación, deberán informarlo al Consejo Directivo a través de la Secretaría de Ciencia, Técnica, Investigación y Posgrado.

Si fuera el Director del Proyecto quien se encontrara en esa situación y no existiera un Co-Director del mismo, el primero deberá designar a alguno de los integrantes del Equipo de Trabajo como nexo con la Secretaría de Ciencia, Técnica, Investigación y Posgrado y/o el Consejo Directivo.

Para cualquier otro miembro del Equipo de Trabajo de un Proyecto de Investigación en la misma situación, quedará a criterio del Director reasignarle las tareas a desempeñar o solicitar su desvinculación del Proyecto.

Si el Director no pudiera continuar en forma definitiva la tarea asumida y no hubiera un Co-director, el proyecto debe volver a ser evaluado con una nueva dirección propuesta.

Artículo 7º.- El Equipo de Trabajo deberá estar integrado por mayoría de Docentes Investigadores pertenecientes a esta Facultad.

Artículo 8º.- Los planes de Tesis Doctoral o de Maestría podrán ser acreditados como planes de investigación, según las siguientes condiciones:

- a) el Equipo de Investigación deberá estar integrado únicamente por el Tesista, el Director y el Co-Director si lo hubiera;

- b) se considerará suficiente para su acreditación la presentación de la Resolución del Cuerpo competente que lo apruebe;
- c) del mismo modo que el resto de los planes de investigación acreditados en la Facultad, tendrá una duración máxima de hasta tres (3) años, con opción a un (1) año de prórroga;
- d) la aprobación de la respectiva Tesis, por quien pudiera corresponder, se considerará equivalente a la aprobación del informe final exigido para los demás planes de investigación.

Artículo 9º.- Si el Proyecto de Investigación ha sido acreditado en otra Unidad Académica, de ésta u otra Universidad, pero en él participa algún docente investigador de nuestra Facultad, habiendo estado incluido en la documentación presentada a los evaluadores externos (o sugerida la necesidad de inclusión por éstos) podrá ser reconocido por el Consejo Directivo.

Capítulo 2. DE LA PRESENTACIÓN

Artículo 10º.- Los Proyectos de Investigación serán presentados ante la Secretaría de Ciencia, Técnica, Investigación y Posgrado de la Facultad, a través de Mesa de Entradas, hasta el 30 de septiembre de cada año.

Artículo 11º.- La presentación de los Proyectos de Investigación se hará en el formulario que la Facultad proveerá a tal fin, cuyo modelo es el elaborado por el Consejo de Ciencia y Técnica de la UNLPam.

El Proyecto de Investigación y el Currículum Vitae (abreviado) del Director y del o los Co-Director/es, si los hubiera, serán presentados en una (1) copia formato papel y en una (1) copia digital.

Artículo 12º.- Los integrantes de un proyecto de investigación, del cual ha transcurrido un año desde el plazo de vencimiento para la presentación del Informe Final, no podrán integrar nuevos proyectos de investigación en la Facultad, mientras no se haya aprobado el anterior por el Consejo Directivo.

Capítulo 3. DE LA EVALUACIÓN Y ACREDITACIÓN

Artículo 13°.- La Secretaría de Ciencia, Técnica, Investigación y Posgrado seleccionará dos (2) evaluadores externos a la Universidad Nacional de La Pampa, que deberán pertenecer al Banco de Evaluadores del Ministerio de Educación de la Nación, o en su defecto ser un investigador de reconocida trayectoria en la especialidad, a quienes se les remitirá una copia del Proyecto de Investigación, del Curriculum Vitae del Director y del/os Co-Director/es si lo/s hubiera, junto con la correspondiente Planilla de Evaluación.

Artículo 14°.- Si alguno de los evaluadores que ha aceptado evaluar un Proyecto de Investigación no diera respuesta en un plazo de 60 días corridos a partir del día de la recepción de la documentación, se requerirá esa tarea a un nuevo evaluador.

Artículo 15°.- En las Planillas de Evaluación, cuyo modelo ha sido diseñado por el Consejo de Ciencia y Técnica de la UNLPam., el evaluador justificará el dictamen de su actuación de acuerdo a una de las siguientes categorías: ACEPTADO, ACEPTABLE CON REFORMULACIÓN DE LOS ÍTEMS o RECHAZADO.

Artículo 16°.-

a) Recibidas DOS (2) evaluaciones externas con la calificación de ACEPTADO (incluidas las reformulaciones), el Proyecto será elevado por la Secretaría de Ciencia, Técnica, Investigación y Posgrado al Consejo Directivo para su acreditación, que se comunicará al Director del Proyecto con copia de las evaluaciones.

b) Recibida UNA (1) evaluación con la calificación “ACEPTABLE CON REFORMULACIÓN DE ÍTEMS”, en la que el evaluador sugiera modificaciones indicando expresamente la re-elaboración necesaria y si el Director del Proyecto aceptara las reformulaciones sugeridas, deberá elevar copia del Proyecto reformulado a la Secretaría de Ciencia, Técnica, Investigación y Posgrado.

c) Recibidas DOS (2) evaluaciones con la calificación ACEPTABLE, CON REFORMULACIÓN DE ÍTEMS”, en las que los evaluadores sugieran modificaciones indicando expresamente la re-elaboración necesaria y si el Director del Proyecto aceptara las reformulaciones sugeridas, deberá elevar copia del Proyecto reformulado a la Secretaría de

Ciencia, Técnica, Investigación y Posgrado.

d) Si el Director del Proyecto no estuviera de acuerdo con las reformulaciones sugeridas podrá presentar un pedido de reconsideración y/o su envío a un tercer evaluador.

En todos los casos de reformulaciones sugeridas por los evaluadores, el Director del Proyecto deberá reingresar la documentación pertinente dentro de un plazo no mayor de veinte (20) días hábiles de recibida la correspondiente notificación, la que será enviada al/los evaluador/es que lo haya/n requerido.

e) Recibida UNA (1) evaluación con la calificación de ACEPTADO y UNA (1) con la calificación de RECHAZADO, se procurará la calificación de un tercer evaluador, y si las diferencias persistieran en calidad de RECHAZADO, el Proyecto de Investigación será devuelto al Director del Proyecto.

f) Recibidas dos (2) evaluaciones externas con la calificación de “PROYECTO RECHAZADO”, el mismo será devuelto al Director del Proyecto.

Artículo 17°.- La Secretaría de Ciencia, Técnica, Investigación y Posgrado confeccionará un legajo con toda la documentación referida a cada Proyecto de Investigación y presentará un informe al Consejo Directivo en el mes de noviembre de cada año sobre los Proyectos presentados y el estado del trámite.

Capítulo 4. DE LOS INFORMES

Artículo 18°.- Al 31 de octubre de cada año, los Directores de los Proyectos de Investigación acreditados y en ejecución elevarán, a la Secretaría de Ciencia, Técnica, Investigación y Posgrado, vía Mesa de Entradas, un informe de avance.

En el informe de avance deberán constar:

a) Título del Proyecto y Nombre del Director y del/ los Co-Director/es, si lo/s hubiera.

b) Equipo de Trabajo: nombre de los integrantes. En este apartado el Director informará sobre el desempeño de cada uno de ellos y, además, sobre los cambios en la conformación del mismo, si los hubiera.

c) Etapas del plan que han sido cumplidas, con elaboración de un trabajo con un mínimo de 5 (cinco) páginas, interlineado 1,5, fuente arial, tamaño 12, márgenes 2,5 cm.

- d) Dificultades en su ejecución, si las hubiera.
- e) Producción científica: libros, capítulos de libros, publicaciones, presentaciones en Congresos o Jornadas, Tesis defendidas, entre otros, si los hubiera.
- f) No será necesario presentar la documentación probatoria, pero la misma deberá estar disponible si la Secretaría de Ciencia, Técnica, Investigación y Posgrado, el Consejo Directivo, el Consejo de Ciencia y Técnica, la Biblioteca o cualquier otro ente institucional así lo requirieran.
- g) Rendición presupuestaria: especificando el monto solicitado y el monto recibido.
- h) Otra información relevante.

Resolución N° 106/13

“POLÍTICAS GENERALES PARA EL DESARROLLO DE LA FUNCIÓN INVESTIGACIÓN EN LA FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y JURÍDICAS”

SANTA ROSA, 4 de junio de 2013

VISTO:

El Expediente 543/12, caratulado: “*Pautas generales para el desarrollo de la Función Investigación en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas*”; y

CONSIDERANDO:

Que a fs.1/2 el Decano de la Facultad solicita a la Secretaría de Ciencia, Técnica, Investigación y Posgrado la elaboración de una propuesta de proyecto integrador que impulse la Función Investigación en esta Facultad;

Que en la nota mencionada el Decano de la Facultad enumera una serie de ítems que deben ser considerados en este proyecto: Equipos de investigación –consolidados y en formación; Financiación de proyectos de investigación; Programas de becas, y Constitución de centros de investigación;

Que a esos efectos, en esa Secretaría se ha realizado un relevamiento de los antecedentes vinculados con reglamentación para programas y proyectos y de las decisiones adoptadas respecto de líneas prioritarias de investigación, tanto a nivel de Rectorado como de esta Facultad;

Que de esta búsqueda, es importante destacar que existen dos líneas de resoluciones; por un lado las reglamentaciones y por otro las áreas prioritarias a seleccionar;

Que siguiendo los lineamientos del Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación 2003, el Rectorado aprobó un programa de promoción para investigación en Áreas Prioritarias de

Investigación en el Ámbito de la Universidad, con financiamiento independiente del presupuesto de las Facultades. Esta modalidad fue renovada por sucesivas resoluciones anuales hasta que, en el año 2005 se suspendieron, teniendo en cuenta la vigencia de los Proyectos de Investigación Científica y Tecnológica Orientados (PICTO) impulsados por la Agencia Nacional de Promoción Científica, Tecnológica y de Innovación en forma conjunta con la UNLPam;

Que estas convocatorias por la Agencia Nacional de Promoción Científica, Tecnológica y de Innovación tienen por objetivo promover la actividad científica y tecnológica en áreas de investigación y desarrollo, definidas de común acuerdo con la propuesta de la UNLPam;

Que en la Facultad de Ciencias Económicas, se había fijado un orden de prioridades para proyectos de investigación por Resolución n° 131/1995 del Consejo Directivo;

Que en las Bases y Objetivos del Estatuto de la UNLPam se expresa que esta Institución “*contribuye al desarrollo de la cultura (...) mediante los estudios, la investigación científica y tecnológica y la creación artística*”;

Que en la Universidad Nacional de La Pampa, la resolución N° 088/2002CS establece que cada Unidad Académica reglamente la presentación de proyectos de investigación, en el marco de sus pautas generales expuestas en el anexo I de la mencionada resolución;

Que para cumplir con la función de investigación, se otorga a los proyectos de investigación aprobados por evaluación externa en las distintas Unidades Académicas, un presupuesto para su funcionamiento (Resolución n° 079/03 CS);

Que asimismo, a los efectos de promocionar la formación de jóvenes investigadores, la UNLPam tiene un programa de becas que se rige actualmente por la resolución 264/12, y establece los siguientes subprogramas:

- a) becas para la Iniciación en Investigación (para estudiantes de la UNLPam),
- b) becas de Perfeccionamiento en Investigación, (para docentes y graduados de la UNLPam),
- c) becas de Posgrado para iniciar Doctorados y Maestrías, (para docentes de la UNLPam) y
- d) becas de Posgrado para finalizar Doctorados y Maestrías (para docentes de la UNLPam);

Que la Universidad Nacional de La Pampa realiza desde el año 1996 las Jornadas de Ciencia y Técnica, aprobadas por la Resolución CS N° 112/95, que organiza la Secretaría de Investigación y Posgrado con una periodicidad bianual, para que los investigadores de la UNPam expongan los avances de sus proyectos y se logre con ello la transferencia de los conocimientos obtenidos en el proceso de investigación;

Que, con el fin de aportar un espacio para la difusión de la producción de los docentes/investigadores, desde el año 2011 (Resolución n° 138/11CD) se edita en la Facultad la revista *Perspectivas de las ciencias económicas y jurídicas* con artículos evaluados externamente por evaluadores de la Base de Datos del Programa de Incentivos del Ministerio de Educación de la Nación;

Que a los efectos de impulsar la Función Investigación en la Facultad, se realiza desde el año 2011 un encuentro bianual – Jornada de Investigación- programada para organizarse en el año en que no se realiza la de la Universidad (Resolución n° 155/11CD);

Que dentro de sus funciones sustantivas y transversales, *“la Universidad aborda temas y problemas de investigación relevantes, en función de su compromiso social y par su resolución se plantea un abordaje caracterizado por la amplitud disciplinar, en correspondencia con la exigencias actuales”* (Plan Estratégico de la UNLPam 2011-2015 – Resolución n° 269/11);

Que en el año 2011, la Universidad Nacional de la Pampa aprobó por Resolución 025 CS, el Programa de Evaluación Institucional de la Función Investigación y Desarrollo, el cual se lleva adelante en conjunto entre esta Universidad y la Secretaría de Articulación Científico-Tecnológica, a través de la Subsecretaría de Evaluación Institucional del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva;

Que luego de un proceso de diagnóstico interno de la UNLPam, se elaboró un documento base para la Función Investigación que fue minuciosamente evaluado por evaluadores externos, los que –además- visitaron la Universidad y tuvieron encuentros con las autoridades, investigadores y becarios de todas las Facultades;

Que en la visita de los evaluadores externos a esta Facultad, dos temas quedaron en evidencia: es importante la producción científica sostenida y relacionada con la docencia y con el Medio, por lo que Centros o Institutos de Investigación más líneas temáticas prioritarias dan significación para la función investigación;

Que en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas la

función investigación se desarrolla en el ámbito de la Secretaría de Ciencia, Técnica, Investigación y Posgrado, pero la normativa vigente no incluye políticas de promoción de la Función;

Que por lo expuesto, y dados los cambios de envergadura que se están promoviendo en el contexto social –local y regional- y las recomendaciones expuestas para la Función en esta Facultad por los evaluadores externos de la Función Investigación, es necesario definir las políticas generales para el desarrollo de esta función en la Facultad;

Que ingresado el Proyecto de Resolución en Sesión, se remite a la Comisión de Asuntos Académicos, Legales y Presupuestarios para su análisis;

Que la Comisión emite despacho introduciendo modificaciones en el Proyecto y recomienda su aprobación;

Que puesto a consideración el Despacho en Sesión del día de la fecha, se aprueba por unanimidad;

Por ello:

**EL CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS ECONOMICAS Y JURIDICAS
R E S U E L V E:**

Artículo 1º.- Apruébense las “*POLÍTICAS GENERALES PARA EL DESARROLLO DE LA FUNCIÓN INVESTIGACIÓN EN LA FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y JURÍDICAS*” las que, como Anexo 1, forman parte de la presente Resolución

Artículo 2º.- Regístrese. Comuníquese. Pase a conocimiento de las Secretarías Académica; Administrativa y de Ciencia, Técnica, Investigación y Posgrado y, por su intermedio, a los interesados. Cumplido, archívese.

ANEXO I

**Políticas generales para el desarrollo de la Función
Investigación
en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas**

Se establecen como políticas generales para el desarrollo de la I+D+i en esta Facultad, complementarias de los programas de la

UNLPam o de los que obtienen financiamiento externo, las que se detallan a continuación:

- **Creación de un programa interno de la Facultad:** que permita priorizar la formación de una masa crítica de investigadores, fomentar la interdisciplinariedad y el desarrollo de proyectos con impacto en la resolución de problemas regionales, que impulsen cambios normativos, sociales, económicos y/o educativos.

- **Formación, perfeccionamiento y consolidación de los equipos de investigación:** para ello es necesario:

a) que los equipos consolidados y/ o en formación logren un mayor fortalecimiento, orientando sus investigaciones hacia problemáticas locales y regionales, e incentivando su participación en financiamientos externos. Para tal fin, también debe impulsarse el aumento de categorizaciones que permitan a los docentes de la Facultad la dirección y/o co-dirección de proyectos (categorías en el Programa de Incentivos I, II y III).

b) incentivar la participación de jóvenes docentes, graduados y estudiantes, para que –a través de la guía que directores con experticia en investigación-, recorran un proceso formativo hacia su inserción en la investigación científica.

c) promocionar la formación de posgrado con Ayudas Económicas o becas, precisando su alcance y ampliando la oferta hacia la realización de doctorados en Universidades de reconocida trayectoria nacional; esto es, con acreditación de CONEAU y correspondiente validación nacional.

- **Creación de Centros:** a los efectos de concentrar el desarrollo de los proyectos de investigación, es necesario contar con organismos específicos, en los cuales los investigadores con los antecedentes científicos puedan dirigir y orientar el desarrollo de actividades de I+D+i, que permitan crecer en equipos consolidados y acceder a financiamientos externos.

- **Difusión:** propiciar la transferencia de conocimientos a la comunidad con una sostenida divulgación de las producciones científicas logradas por los equipos de investigación de la Facultad.

EXPERIENCIAS POSITIVAS QUE SE REEDITAN

Durante el ciclo académico 2013, en la Facultad se vienen realizando distintos eventos vinculados con la docencia, la investigación y la extensión. En ellos se abordan temas que ponen en evidencia la decisión de dar continuidad a aquellos encuentros que han tenido ya una edición que satisfizo o alentó las expectativas de los interesados. En estas reediciones, cabe citar el Curso de Posgrado en Economía Social, el Curso extracurricular de cooperativismo, la II Jornada de Investigación de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, el 2º Congreso Provincial de Profesionales en Ciencias Económicas y las XVI Jornadas Argentinas de Bioética.

Curso de Economía Social

En el año 2012 se desarrolló en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas un Curso de Economía Social –organizado con la doble opción de “curso de posgrado” y curso de Extensión” a los efectos de favorecer la concurrencia tanto de profesionales como de operadores en el área de la economía social, que desean sumar conocimientos y actualizaciones sobre esta temática.

En esa edición, lo realizaron más de 40 personas de distintas procedencia –docentes y profesionales de las ciencias sociales, dirigentes y empleados de cooperativas y de distintas entidades como sindicatos y asociaciones de toda la provincia y del área gubernamental.

Dada la excelente repercusión que este curso tuvo en el medio, este año volvió a organizarse para dictarse entre mayo y diciembre.

En la presentación de esta nueva edición del curso, el Decano de la Facultad, explicó que el objetivo de la actividad es “seguir planteando este compromiso de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas con la responsabilidad social que nos corresponde como universidad, de trabajar con la economía social de nuestra provincia. Muchas veces en lo planes de estudio no estaba visibilizada y justamente son los profesionales que van a estar asesorando a cooperativas, fundaciones y asociaciones”.

Curso extracurricular de cooperativismo

El Curso Extracurricular de Cooperativismo está destinado a estudiantes avanzados de la carrera de Contador Público y Abogacía de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa.

Tiene la finalidad de capacitar a alumnos de ciencias económicas y jurídicas con conocimientos y prácticas para desempeñarse como profesionales en pequeñas y medianas empresas cooperativas, ya sea en cargos de niveles gerenciales, asesores o técnicos”

El dictado del curso es de carácter presencial, y al culminar el curso los estudiantes presentan una monografía –que puede ser individual o grupal-, con conclusiones que se exponen ante todos los que han realizado el curso.

En la edición 2012 de este curso, la experiencia fue muy positiva y los estudiantes –además de presentar sus trabajos- los expusieron generando un valioso debate e intercambio de opiniones.

II Jornada de Investigación de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas

En el año 2011 se realizó en la Facultad la I Jornada de Investigación de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, bajo el lema “*Otra perspectiva para conocernos*”, con lo cual se buscaba profundizar en el área de investigación, con la creación de un espacio dentro de la misma Unidad Académica para que nuestros docentes, graduados y estudiantes pudieran comunicar los avances o resultados de sus trabajos.

La Resolución Nº 106/13 -que define políticas generales para el desarrollo de la función investigación en la Facultad- ratifica esa intencionalidad cuando explicita la necesidad de propiciar “la transferencia de conocimientos a la comunidad con una sostenida divulgación de las producciones científicas logradas por los equipos de investigación de la Facultad”.

De allí que, a la continuidad de la publicación de esta revista, se sume también la realización de la segunda edición de la Jornada de Investigación de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas.

2º Congreso Provincial de Profesionales en Ciencias Económicas

Este año, también se realiza el II Congreso Provincial de Profesionales en Ciencias Económicas. Se trata de un evento organizado en forma conjunta por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de La Pampa y la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa.

El primer congreso se realizó en junio de 2011 y en el cierre de las sesiones quedó el compromiso de esta segunda edición, en la que ya se está trabajando.

Este Congreso, que de por sí tiene la significación de producir el encuentro entre los profesionales de las ciencias económicas para intercambiar experiencias y nuevos conocimientos, da cuenta –además– de la armónica relación entre las dos instituciones organizadoras. Este sano ejercicio de colaboración y de entendimiento –que va por su segunda edición– nos permite seguir brindando a nuestros egresados el espacio de actualización permanente.

La novedad para este año es que se convoca a la presentación de trabajos de profesionales de nuestra provincia, que se suman a las conferencias y exposiciones que repiten la modalidad anterior, dentro de las áreas similares a las de 2011.

XVI Jornadas Argentinas de Bioética

La Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam conjuntamente con la Asociación Argentina de Bioética y el Consejo Superior Médico de La Pampa, organizan este año, en la sede de la Facultad, Gil N° 353, las “XVI Jornadas Argentinas de Bioética”.

Esta es la segunda oportunidad consecutiva en que las Jornadas Argentinas de Bioética se realizan en la Facultad de Ciencias Económica y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa. La expectativa sobre la concurrencia a este evento científico -que reúne a profesionales tanto de las áreas de la medicina como de la abogacía- es muy positiva, teniendo en cuenta los excelentes resultados de la anterior, que llevaron a la Asociación Argentina de Bioética a elegir a nuestra Facultad como sede del Encuentro.

Se terminaron de imprimir 500 ejemplares
en Julio de 2013
Imprenta Casa Porta srl
H. Lagos 138
Santa Rosa - La Pampa



ISSN 2250-4087