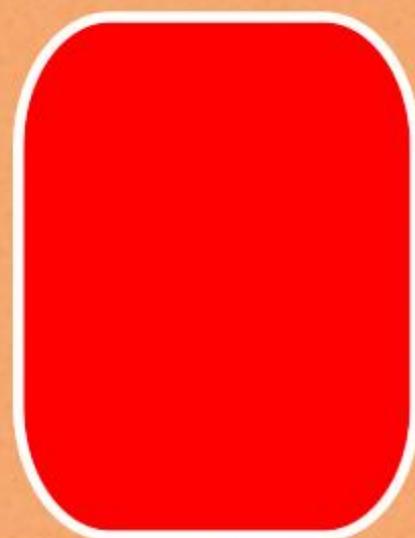
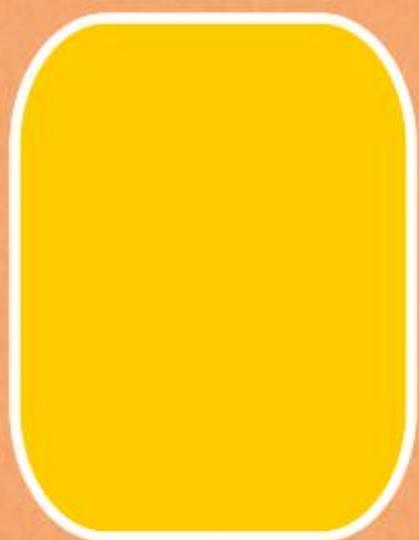


Sexto Número

ISSN 1853-6239

In Iure

Revista Científica Semestral de Ciencias Jurídicas y Notariales



Noviembre de 2013. Año 3. Volumen 2.

Universidad Nacional de La Rioja



Autoridades UNLaR

Rector:

Lic. Fabián Calderón

Vicerrector:

Ing. José Gaspanello

Autoridades Departamento Académico de Ciencias Sociales, Jurídicas y Económicas

Decano:

Cr. Jorge Riboldi

Secretario Académico:

Dr. Rodrigo Torres

Revista IN IURE

Directora:

Ab. Elsa Manrique

Coordinador:

Lic. Maximiliano Bron

IN IURE

AÑO 3 – VOL. 2 –

Dirección:

Elsa Manrique

Coordinación:

Maximiliano Bron



IN IURE

Sexta edición: 1 de Noviembre de 2013, La Rioja, Argentina.

IN IURE

Av. Luis M. de la Fuente s/n.

La Rioja. Argentina.

© De los Autores, 2011 -2013

© IN IURE, 2011 - 2013

Editorial: Universidad Nacional de La Rioja

Dirección: Elsa Manrique

Coordinación General: Maximiliano Bron

ISSN: 1853-6239

INDICE

SECCIÓN TEMÁTICA

- 1) Presentación del número.
Elsa Manrique **8**

- 2) Historia social de América Latina: Análisis de las dictaduras en Uruguay y Chile
María Cristina Amuchástegui **12**

- 3) La Dominica Potestas en Roma y su proyección actual
Laura Micieli..... **29**

- 4) Constitución de la provincia de La Rioja, origen y evolución institucional
Juan Noriega **70**

- 5) Derechos intelectuales. Aspectos registrales
Elsa Manrique..... **92**

- 6) Evolución histórica de la registración en la Republica Argentina
Ana Gabriela Brizuela..... **110**

- 7) El jus cogens y su impronta en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina
Sebastián Félix García Amuchastegui **119**

8) Los partidos políticos como instrumentos de control de la democracia	
Ana Luz Moyano vega Aciar.....	173
9) El sobreendeudamiento de las personas físicas y su posterior concurso	
Nadime Sufán	193

SECCIÓN JURISPRUDENCIA.....	210
------------------------------------	------------

BOLETÍN DE REFERENCIA NORMATIVA.....	224
---	------------

SEXTO NÚMERO DE LA REVISTA

Presentación de In Iure

Ab. Elsa Manrique

Prof. de la Universidad Nacional de La Rioja
Directora de In Iure

DATOS DE LA REVISTA:

URL:

<http://iniure.unlar.edu.ar>

Fecha de Publicación:
01/11/2013

Dirección de la Revista:

Elsa Manrique

Coordinación:

Maximiliano Bron

Esta revista digital presenta ante la comunidad académica trabajos de reflexión de las distintas especialidades del Derecho. Al difundir las contribuciones más selectas en los temas objeto de estudio, procura convertirse en un espacio para la divulgación, el análisis y el debate, que propenda el fortalecimiento de toda la comunidad académica. Esta revista está dirigida a académicos, litigantes y estudiantes de derecho, y en general estudiosos de las ciencias jurídicas.

La **profesora Maria Cristina Amuchástegui** analiza en su trabajo las dictaduras de los países latinoamericanos Uruguay y Chile. Dictaduras semejantes pero también muy distintas, la de Uruguay fue cívico militar, la de Chile solo militar. Continúa relatando que la dictadura cívico militar en Uruguay se extendió entre 1973 y 1985. La de Pinochet en Chile entre 1973 y 1989, esta última se caracterizó por ser una de las dictaduras personales

más largas de las muchas que se dieron en América Latina, por estar regida por un dictador, brutal en el atropello de los derechos humanos, donde aparece un ejército no actor de la vida política sino mero instrumento en manos de su Comandante en Jefe. **Las profesoras Laura Liliana Micieli, María Elena Bazán, abogada, María Angélica Calvo Leal y Soledad Andrea Peralta,** nos relatan en su artículo como el hombre en la génesis de la creación fue libre por albedrío divino, pero este ser humano, en su evolución fue trastocado por las diversas vicisitudes producidas por sus pares, la libertad se truncó por el mal desempeño del hombre a través de su poder para algunos, para otros resultaban ser sometidos; de este vínculo surge la potestad del amo sobre la del esclavo, proclamándose de esta forma una institución que se extenderá por toda la humanidad. La esclavitud.

El profesor Juan Noriega analiza como las catorce provincias, denominadas "Provincias Unidas del Río de la Plata", en 1819-1820, tomaron la decisión de declarar su autonomía, sancionando un Estatuto, Reglamento o Constitución y designar sus propias autoridades; dentro de este contexto, también lo hizo la provincia de La Rioja, para la administración de su jurisdicción. Los motivos que se imponían en ese momento histórico estaban originados en la guerra civil entre unitarios y federales, por la disputa de organizar el país en base a una de estas formas de Estado, generándose así, la caída del gobierno directorial (Gobierno Nacional), y con ello, que cada provincia se independizara del poder nacional. **La abogada Elsa Manrique** explica en su trabajo que el derecho de autor como las patentes de inventor, las obras literarias y artísticas, los nombres, los dibujos y modelos industriales, entre otros, constituyen un espacio jurídico designado como derechos intelectuales. Continúa diciendo que en nuestro país la protección de los derechos de autor están consagrados en nuestra Constitución Nacional; "*...todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, descubrimiento o invento...*" el resguardo continua mediante los Tratados y Convenciones internacional a las que adhirió Argentina: Tratado de Montevideo sobre Propiedad Literaria y Artística del año 1889, Convención sobre Propiedad Literaria y Artística de 1910, entre otros. La historia legislativa de la registración en la República Argentina tiene como punto de partida la nota al art. 3203 Del Código Civil.

La escribana Ana Gabriela Brizuela manifiesta que previo a realizar el análisis del tema propuesto considera oportuno realizar un análisis y valoración de las notas y citas que figuran en el Código Civil. Las notas en el código Civil son de trascendental importancia por cuanto muchas veces constituyen un trascendente acervo doctrinario vigente a nuestros días. *Dalmacio Velez Sarfield* en una nota dirigida al Ministro de Justicia, Eduardo Costa, Donde eleva el Proyecto del Libro primero del Código Civil, expresa “...Me he visto en la necesidad de poner muchas veces largas notas en artículos que resuelven antiguas y graves cuestiones entre los jurisconsultos, o cuando ha sido preciso legislar en puntos de derecho que debían ya salir del estado de la doctrina y convertirse en leyes”.

El abogado Sebastián García Amuchástegui realizó un estudio sobre como la República Argentina al igual que la mayoría de los Estados que integran la comunidad internacional, se encuentra inmersa dentro de un sistema normativo de índole supranacional que afecta, según la adopción que cada país haga del mismo, el orden jurídico interno. Dicha aseveración, que encuentra sustento insoslayable en la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) en materia de derechos humanos se ve plasmada, específicamente, en el ámbito del derecho penal y, en lo que aquí interesa, en la concepción actual en torno a la validez temporal de la ley penal en relación a los denominados delitos de lesa humanidad.

La abogada Ana Luz Moyano Vega Aciar en el trabajo que presenta se propone abordar el tema de los partidos políticos como instrumentos de control de los gobernantes teniendo en consideración los partidos de los gobernantes principales y mayoritarios, los partidos opositores, el periodo entre las elecciones y el de las elecciones. El partido Político como organización voluntaria de miembros o como intermediario entre los dirigentes (gobernantes) y la sociedad, debe velar por el control de los representantes en sus políticas cotidianas. Este “deber” muchas veces se ve en detrimento frente a intereses particulares o de pocos que obstaculizan de diferentes maneras este control, perjudicando de manera directa la democracia. **La abogada Nadime J. Sufán** desarrolla una situación actual y trascendente como lo es el sobreendeudamiento familiar, situación que trae aparejada una nueva figura de derecho: el sobreendeudamiento de los consumidores y su posterior utilización del sistema concursal como

alternativa de saneamiento económico, a los fines de que la persona obtenga el denominado "fresh start". Sostiene que esta problemática relaciona dos ramas del derecho, como lo son el derecho civil y el derecho comercial -específicamente el derecho concursal-, pues estas personas físicas utilizan, o mal utilizan, el proceso concursal, ya sea liquidativo o de reorganización como la forma de reacomodar su patrimonio. A pesar que la actual ley de Concursos y Quiebras es inapropiada para esta clase de deudores.

Agradecemos a nuestro señor Rector Profesor Licenciado Fabián Calderón, al señor Decano del Departamento Académico, Profesor Contador Jorge Riboldi, y al Señor Secretario Académico Doctor Rodrigo Torres, el apoyo que nos han brindado para que esta revista electrónica pueda realizarse en los cánones de la excelencia académica que promueve la Universidad Nacional de La Rioja.

Cita de este artículo:

MANRIQUE, E (2013) "Sexto número de la revista: Presentación de In Iure". *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Noviembre de 2013, Año 3, Vol. 2, pp.08-11. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

HISTORIA SOCIAL DE AMÉRICA LATINA: ANÁLISIS DE LAS DICTADURAS EN URUGUAY Y CHILE

María Cristina Amuchastegui

Abogada, Maestrando en Maestría en
"Estudios Sociales en América Latina",
Profesora Titular de Derecho Internacional
Público en la Universidad Nacional de La Rioja.
Profesora Adjunta de Derecho Comercial III.

Palabras claves:

*Dictadura, militar,
democracia,
constitucional, gobierno.*

Key words:

*Dictatorship, military,
democracy, constitutional
government.*

Resumen

En este trabajo se analizará las dictaduras de los países latinoamericanos Uruguay y Chile. Dictaduras similares pero también muy diferentes, la de Uruguay fue cívico militar, la de Chile solo militar.

Abstract

In this paper we analyze the dictatorships of Latin American countries Uruguay and Chile. Dictatorships similar but also very different, that of military civic Uruguay was the only Chilean military

Introducción

Intentaremos en este breve trabajo analizar las dictaduras de los países latinoamericanos Uruguay y Chile. Dictaduras semejantes pero también muy distintas, la de Uruguay fue cívico militar, la de Chile solo militar.

La dictadura cívico militar en Uruguay se extendió entre 1973 y 1985. La de Pinochet en Chile entre 1973 y 1989, esta última se caracterizó por ser una de las dictaduras personales más largas de las muchas que se dieron en América Latina, por estar regida por un dictador, brutal en el atropello de los derechos humanos, donde aparece un ejercito no actor de la vida política sino mero instrumento en manos de su Comandante en Jefe. En fin trataremos desentrañar el desenvolvimiento de cada una de ellas, un difícil trabajo como apasionante, tratar de entender, en definitiva, el crónico dolor de Latinoamérica.

Dictadura Cívico – Militar en Uruguay (1973-1985)

La dictadura cívico – militar en Uruguay se extendió entre el 27 de Junio de 1973 y el 28 de Febrero de 1985. Durante este periodo Uruguay fue regido por un gobierno cívico – militar en donde no se acataba la Constitución y que surgió del golpe de Estado del 27 de Junio de 1973.

Para poder comprender mejor los doce años de dictadura en Uruguay intentaremos ver los antecedentes de la misma: en 1955 se inicio en Uruguay una crisis económica y política. La década de 1960 se caracterizo por un proceso de deterioro social y económico, con un aumento de la violencia, que incluyo la lucha armada a través de la guerra de guerrillas; entre los operadores de la misma se destacaron el Movimiento de Liberación Nacional – Tupamaros. La Convención Nacional de Trabajadores y grupos de extrema derecha como el Escuadrón de la muerte, y la Juventud Uruguaya de Pie (JUP). Ante esta situación las Fuerzas Armadas fueron adquiriendo un creciente protagonismo político hasta que finalmente, con el apoyo del

Presidente Constitucional, Juan María Bordaberry, dieron un golpe de estado.

En 1972, las Fuerzas Conjuntas detuvieron a los dirigentes Tupamaros: Raúl Sandic, Eleuterio Fernández Huidolro, Mauricio Rosencof, José Mujica, entre otros, por los delitos de sedición. Estuvieron recluidas hasta la finalización de la dictadura en 1985.

Bordaberry, queriendo reparar a los militares del poder, nombró en febrero de 1973 al general Antonio Francese como Ministro de Defensa Nacional. El Ejército y la Fuerza Aérea expresaron que desconocían la autoridad del nuevo ministro. El desconocimiento del Ministro y la manifestación del deseo de participar en la vida política del país, mostraron de hecho una insurrección de estas dos armas. La Armada Nacional se mantuvo leal al gobierno. Este conflicto institucional llevó a Bordaberry a aceptar determinadas condiciones de los militares en el llamado Acuerdo de Boisso Lanza. Para algunos historiadores, este Acuerdo fue un prólogo del quiebre institucional; mientras que para otros fue de hecho el golpe de Estado. Una de las consecuencias del Acuerdo de Boisso Lanza fue la creación del Consejo de Seguridad Nacional (COSENA).

El Golpe de Estado.

Bordaberry disolvió las cámaras en 1973 instaurando la dictadura cívico – militar que se extendería hasta 1985.

El 27 de Junio de 1973, Juan María Bordaberry con el apoyo de las Fuerzas Armadas, disolvió las Cámaras de Representantes y Senadores y creó un Consejo de Estado con funciones legislativas, administrativas y con una finalidad específica de proyectar una reforma constitucional. Asimismo se estableció la censura de los medios de comunicación. En respuesta a estos hechos, el Secretariado de la Convención Nacional de Trabajadores (CNT) comenzó la huelga más larga en la historia del país.

Una vez presentado fácticamente el Golpe de Estado, siguiendo la obra "Breve historia de la dictadura" de Gerardo Caetano y José Rilla, intentaremos desentrañar el largo y complejo proceso dictatorial que vivió Uruguay entre 1973 y 1985.

El objeto de estudio de esta obra es el estudio de la dictadura "stricto sensu".

Se utiliza para ello un criterio de periodificación que pudiera funcionar a la vez como eje que orienta todo el trabajo. Estos autores siguen puntillosamente la periodificación diseñada por el politólogo uruguayo Luis E. González. En estos años de la dictadura se distinguen claramente 3 (tres) etapas:

1) Etapa de la dictadura comisarial que va de 1973 hasta 1976.

2) Una segunda que dicho autor denomina del "ensayo fundacional" y que se prolongaría hasta 1980.

3) La última, dominada, por la "transición democrática" y que concluiría con la asunción de las autoridades legítimas en 1985.

Siguiendo con el análisis de esta trilogía, en la primera etapa de 1973 a 1976, de la cual ya hablamos brevemente al referirnos a los antecedentes del Golpe de Estado y en particular al "Acuerdo de Boisso Lanza" firmado en la base aérea del mismo nombre, estableciéndose entre otras cosas la creación del Consejo de Seguridad Nacional (COSENA), integrado por los mandos militares, que Bordaberry refrendaría por decreto diez días después. Al día siguiente, por cadena de radio y televisión, para todo el país el presidente enunciaba la creación de "Cauces Institucionales apropiados para la participación de las FF.AA en el quehacer nacional", encomendándoles "la misión de dar seguridad al desarrollo"¹. Las fuerzas políticas y sociales opositoras no lograron responder en forma firme a la situación.

¹ Gerardo Caetano, José Rilla. "Breve Historia de la Dictadura (1973-1985)". Grupo Editor – Uruguay.

Desde Febrero a Junio de 1973, los acontecimientos políticos y sociales no hacían más que confirmar la inminencia de la caída del régimen democrático.

El 27 de Junio, el Poder Ejecutivo decretó la disolución de ambas Cámaras y la creación en su lugar de un Consejo de Estado.

En la misma mañana del 27 miles de trabajadores ocupaban sus lugares de trabajo, iniciando así una huelga general, expresión de la Primera resistencia antigolpista. En Junio ya quedó claro que el ejército estaba dominado por "los duros", imponían como base pragmática: "La Doctrina de la Seguridad Nacional".

El Poder Ejecutivo decretó la disolución de la CNT, disponiéndose el arresto de sus dirigentes. El golpe estaba en marcha y pronto mostró su cara más dolorosa con las muertes en Julio de los estudiantes Ramón Peré y Walter Medina quienes se transformaron así en la 1ª víctimas del régimen de facto instaurado.

En los primeros meses siguientes al golpe se sucedieron una serie de medidas que dejaron ver con claridad el signo del régimen instaurando: se suspendieron las actividades de los partidos políticos; en materia educativa se dictaron medidas del más duro corte represivo; se intervino la Universidad. Ante el creciente rigor opresivo del régimen la oposición se realizó por diferentes caminos: la obligada clandestinidad de los partidos políticos, sumada a la prisión o el exilio de muchos dirigentes, restó fuerza a la lucha antidictatorial.

Durante 1974 el régimen se consolida. En este año se realiza una profundización de la represión.

El año 1976 fue un año crucial, ya poco le quedaba por hacer a una "dictadura comisarial" (así llamada por los autores que estamos analizando), debiendo optar entre una de mayor apertura o fundar algo nuevo.

Gerardo Caetano y José Rilla en su obra dejan en claro de lo que se trataba para el régimen era que fundar y como justificarla y la falta de consenso sobre estos temas entre el presidente y los militares. Es en este marco en donde Bordaberry lucha por lograr el respaldo militar para su proyecto político.

Ante las diferentes posiciones de ambas fuerzas, o sea las desavenencias entre Bordaberry y los militares se genera la crisis política de Junio, que culminó con la remoción de Bordaberry y la designación interina del Dr. Demicheli, como presidente.

Siguiendo con el análisis de la obra ya citada ("Breve historia de la dictadura") entramos en el 2º período diseñado por el politólogo Luís E. González, denominado el "Ensayo fundacional" referido al intento de la fundación de la "Nueva Republica" (1976 - 1980).

En Septiembre Alberto Demicheli, es remplazado por el Dr Aparicio Méndez, un político nacionalista quién va a asumir la presidencia de la República.

Entre las medidas tomadas se destaca la proscripción de los partidos políticos. Donde más resistencia encontró la fundación del "Nuevo Orden" fue en el plano de las relaciones internacionales; el Congreso de los EE.UU resolvió, en Setiembre de 1976 la suspensión de la ayuda militar al Uruguay. Entre tanto, las dictaduras del cono Sur continuaban estrechando lazos: el presidente Méndez se entrevistaba con su similar argentino Jorge R Videla.

En el año 1977 se caracterizó por la intervención de la Justicia, el anuncio del plan político de las Fuerzas Armadas y la instauración de una represión más brutal.

De aquí en más la "Unidad de la soberanía" se mantendría con la primacía del Poder Ejecutivo.

Entre 1978 y 1980 se decidió legitimar la actuación del Gobierno mediante la convocatoria del pueblo a las urnas; proceso que va a culminar con el plebiscito Constitucional.

La presión internacional era cada vez más fuerte, desde el exterior se oían reclamos de las violaciones a los derechos humanos en Uruguay. La dictadura Uruguaya no logro detener la presión de organismos internacionales, el ministro de Justicia Bayardo Bengoa, en 1980 llegó al extremo de la ignominia al afirmar que "el Derecho Internacional había muerto"; el Derecho Internacional nutrido de valores del iusnaturalismo nunca es más fuerte que cuando se lo intenta violar por decisiones atroces de los Estados.

El proceso que culminaría con el plebiscito seguía en marcha; el 30 de Noviembre los uruguayos concurren masivamente a votar. Sufragaron más de un 85% de los habilitados, en contra del proyecto de reforma lo hicieron 885.824 ciudadanos (57,9%) y a favor 643.858 (42%). Los resultados en contra del proyecto autoritario si bien no fueron aplastantes tuvieron una repercusión política que conmociono tanto al gobierno como a sus opositores.

De allí en más los militares comenzaron a pender iniciativa política. Este plebiscito del 80 fue crucial para el derrumbe de la dictadura; las Fuerzas Armadas que aspiraban a legitimar su proyecto fundacional a través del voto popular, con la derrota del 30 de Noviembre, vieron frustradas sus expectativas y se concreta así el momento decisivo del comienzo de la transición democrática. Siguiendo con el análisis de la obra "Breve historia de la dictadura" nos toca ahora transitar la última etapa de "La Dictadura Transicional" la que concluiría con la asunción de las autoridades legítimas en 1985. La misma noche del plebiscito el Ministro del Interior, anunciaba la suspensión de toda actividad política".

Tras el fracaso de las urnas, los militares proponen un proceso que apunta a lograr el consenso de la sociedad civil; se busca para lograr esto la mediación de los partidos políticos.

Con el apoyo relativo de los partidos políticos el gobierno aprobó el Acto Institucional N° 11 en virtud del cual se confirmaba la transición de tres años, se definía la elección de un nuevo presidente; entre otras medidas. Se designó como "Presidente de la transición" al Tte. Gral. Gregorio Alvarez.

Llego la hora de los partidos políticos. Se va a iniciar la deliberación en torno del estatuto de los partidos políticos, sobre la base de tres documentos: el de la COMASPO, el de los blancos y el de los colorados.

El año 1982 fue decisivo si observamos que en su transcurso fue legalizada buena parte de la oposición política, se confirmaron nuevas oposiciones sociales y se desencadenó, ya al terminar el año una debacle económica y financiera.

Tres eran las opciones más fuertes para la ciudadanía en las elecciones del 28 de noviembre: las fuertemente opositoras (Movimiento por la Patria y Nacional de Rocha, Corriente Batlista Independiente, entre otras); las moderadamente opositoras y las vinculadas y proclives al oficialismo.

El 60% de la población concurrió a las urnas con estos resultados: 619,945 votos para el Partido Nacional, 527.562 para el partido Colorado, 14.986 para la Unión Cívica y 85.373 en blanco.

Para el régimen, los resultados fueron más adversos que en los del 80, en la medida que la oposición triunfó por amplísimo margen en los 2 partidos tradicionales. Los blancos ganaron la contienda.

En 1983 los distintos actores del escenario político comprendieron que se iniciaba la etapa crucial de la transición. En este marco de confrontaciones entre partidos y militares, la movilización popular comenzó a jugar un papel determinante.

Este año 1983, fue el gran año de las movilizaciones populares, marcando el rumbo de los acontecimientos y gravitando en forma indiscutible en el juego de los otros actores (partidos y militares).

Los partidos políticos debieron compartir la iniciativa política opositora con las organizaciones sociales, lo que sirvió también para el retorno a la escena política de la izquierda, otro de los hechos significativos del año político.

Otro de los hechos fundamentales de 1983 fue la frustración definitiva de los intentos de "fundación" de un nuevo régimen, impulsado por los militares. La incertidumbre caracterizó al año 1984. El 18 de Enero se realizó el 1º paro general luego de 1973.

Las movilizaciones populares tras la liberación del Gral. Seregni el 19 de Marzo, y el reconocimiento de los otros partidos como líder de la coalición de izquierda, configuraron un hecho político de gran importancia.

Un hecho brutal conmueve a la comunidad toda y hace recordar que la dictadura sigue y que no existían mínimas garantías para la ciudadanía: en los 1º días de abril, en el marco de un operativo contra el pueblo de San Javier, era detenido el médico, Vladimir Roslik, quien a las pocas horas moría en dependencias del ejército a causa de la tortura. Ante la fuerte controversia pública desatada, una serie de hechos reflejan el endurecimiento del régimen: clausuras de medios de comunicación, a los que se agregan atentados de grupos paramilitares.

Mientras los partidos políticos no se ponían de acuerdo en su estrategia común frente a los militares; se llega a la firma del "Pacto del Club Naval"; los principales actores políticos se dividieron en pactistas y antipactistas.

Después del Pacto, el proceso político comenzó a ser denominado plenamente por la campaña electoral. Con el triunfo del partido dorado de Sanguinetti, los resultados electorales pusieron en evidencia una repetición del cuadro 1971, lo que ratificaba la estabilidad de las tendencias electorales y las líneas de permanencia del sistema político uruguayo.

El 12 de febrero de 1985 se produce el apurado final de la presidencia de Alvarez. La sociedad uruguaya debió aceptar que la "transición" no había

terminado; la recuperación de la verdadera y plena democracia aún debía transitar un largo camino.

Dictadura Chilena

La historia del período de Pinochet se inicia el 11 de Septiembre de 1973. Fue una de las dictaduras personales más largas entre muchas de América Latina, caracterizada por una extraordinaria violencia. Para entender este período de la historia de Chile, haremos un breve análisis de la obra "Por la razón o la fuerza" de Genaro Arriagada.

Los militares que tomaron el poder en septiembre de 1973 utilizaron un discurso para legitimar su accionar donde expresaban su deseo de la restauración democrática y su respeto a la permanencia de las instituciones y a la vigencia del derecho. Respecto a la duración del régimen militar, se dice que las Fuerzas Armadas asumen "el Poder por el solo lapso en que las circunstancias exijan" ².

A esta moderación en palabras de los 1º días se correspondieron una sucesión de muertes, asesinatos, desaparición de personas, una represión tan brutal y sangrienta que conmovió al mundo entero

El régimen comenzó así con una serie de violaciones a los derechos humanos que acompañó a todo su desarrollo. En Septiembre de 1973, conjuntamente con el golpe militar, se disuelve el Congreso Nacional, se declara el Estado de Sitio, se disuelven las garantías individuales y se disuelve la totalidad del poder comunal, remplazándose por alcaldes nombrados por la Junta Militar. En Octubre de 1973 se disuelven y prohíben los partidos políticos de inspiración Marxista y se declara en receso a todas las demás asociaciones políticas. Se decreta la intervención de las Universidades. La Junta Militar asume formalmente el Poder Constituyente,

² Bando nº 5 de la Junta Militar de Gobierno de Chile, Santiago, 11 de Septiembre de 1973, "Por la razón o la fuerza" Pág. 22.

con lo cual desaparece técnicamente el concepto mismo de Carta Fundamental.

Los años 1974 y 1975 serán los años más decisivos del régimen militar a lo largo de su historia. La retórica y sobre toda la práctica cada vez más represiva del régimen son indicadores del nuevo rumbo que empiezan a transitar los militares.

Durante estos años se conformarán los elementos que darán al régimen su definición esencial, ellos son:

A) La concentración del poder político en manos del Comandante en Jefe del Ejército.

B) La centralización del poder de seguridad en un aparato policial todo poderoso.

C) El triunfo de un grupo de técnico economistas conservadores_ Los Chicago Boys_ sostenedores de una política monetarista ortodoxa que pasaron a constituir el equipo económico oficial del gobierno.

Como vemos en la obra que estamos analizando "Por la Razón o la Fuerza" de estos tres pilares de la dictadura dos de ellos: la concentración del poder en el Comandante en Jefe del Ejército y la conducción de la economía en manos de "los Chicago Boys" van a mantenerse inamovibles a lo largo de toda la dictadura.

A mediados de 1974 se dicta, el Estatuto de la Junta de Gobierno. El general Pinochet paso a ser "Jefe Supremo de la Nación". A partir de allí el General Pinochet detentaba la plenitud del Poder Ejecutivo.

Seis meses después de dictado el Estatuto de la Junta, se aprobó un nuevo decreto de rango constitucional, que introduciría una modificación muy importante a nivel político: se cambiaba la denominación de "Jefe Supremo de la Nación" por el título de "Presidente de la República".

En los primeros días de Diciembre el Coronel Contreras Sepúlveda presentó a la Junta Militar un completo plan de organización de la policía política del régimen, que llevó a la creación de una Comisión operativa, que habría de ser antecedente directo de la DINA.

La DINA se transforma en un cuerpo orgánico por encima de toda restricción legal. La consolidación de su poder produjo un vuelco en la situación de los derechos humanos, los fusilamientos y la "ley de fuga" son crímenes que desaparecen; comienza un plan de exterminio de determinadas categorías de personas, correlativamente aumenta la tortura como medio de extraer información y conjuntamente uno de los crímenes más aberrantes: la llamada por la doctrina "desaparición forzada de personas", lo que significó no solo violaciones al Derecho Penal interno sino sobre todo al Derecho Internacional Público que en distintas convenciones condenó la tortura y la desaparición de personas. Este atroz delito "desaparición forzada de personas" que también se práctico lamentablemente en Argentina, es considerado por el Estatuto de Roma, que creó la Corte Penal Internacional como un delito de lesa humanidad o sea que es un delito imprescriptible por eso se puede juzgar cualquiera sea el tiempo transcurrido de la comisión del delito.

El grado de poder alcanzado por la DINA, fue de tal magnitud, que no existió en Chile durante el período de su existencia, 1974 _ 1977, un ente estatal que tuviera más poder en la vida nacional.

Con la economía implementada por los tecnócratas de la Escuela de Chicago, el liberalismo económico extremo, la dictadura como forma de gobierno, y la más brutal policía política que haya conocido Chile en toda su historia, se consolida la alianza de poder que va a mostrar su impronta al mundo.

En el transcurso de los años 1975 y 1976, el régimen consolidó la característica que va a ser, a la vez, su esencia y su contradicción: un fuerte autoritarismo en lo político y un extremo liberalismo en lo económico. De la Doctrina de Seguridad Nacional, el componente que habrá de sobrevivir, será la concepción anticomunista.

En 1977 se inaugura el "milagro económico" Chileno. Se registro una tasa de crecimiento espectacular: 8,3 por ciento, la más alta alcanzada por la economía chilena en décadas.

Los años 1976 a 1981 son, en la historia del Gobierno de Pinochet, uno de los períodos en que el régimen puede ser calificado de cívico _ militar. Hacia fines de 1979, no cabían dudas que estaba teniendo éxito la definición del régimen militar basado en los 3 pilares fundamentales: el poder de Pinochet, la policía de seguridad y la tecnocracia económica de los "Chicago Boys".

El asesinato de Letelier complicó las cosas y el régimen debió remplazar a la DINA por la CNI. El poder político personal de Pinochet hasta aquí habría sobrevivido tanto al costo social de la política de shok como a las presiones políticas internacionales desatadas por los actos criminales de la DINA.

El año 1980 fue el año de mayor euforia del régimen. La Alianza entre economistas y militares contaba, en 1980, con el pleno respaldo del mundo empresarial y de la banca internacional.

En este marco de euforia, Pinochet con gran sentido de la oportunidad procedió sorpresivamente a convocar a un plebiscito para aprobar una nueva Carta Fundamental. Pinochet informaba que el proceso de estudio de la nueva Constitución estaba terminado y convocaba a un plebiscito para el 11 de Septiembre. El plebiscito de 1980, según el gobierno, fue ampliamente favorable al proyecto gubernativo. Un 67,04 por ciento habría votado a favor de la nueva Constitución y solo un 30,19 por ciento en contra. La oposición, en cambio, restó toda validez a la consulta.

El plebiscito de 1980, fue bajo cualquier análisis objetivo, un fraude y careció de los requisitos mínimos de validez. Al momento de la imposición de la Constitución de 1980 el concepto de "Gobierno de las Fuerzas Armadas" estaba desde bastante tiempo redefinido. Podemos decir siguiendo la obra "Por la razón o por la Fuerza", que las Fuerzas Armadas no gobernaban realmente en cuanto ellas no tenían atribución ni

responsabilidad en la discusión y determinación de políticas. Pinochet gobernaba en nombre de las Fuerzas Armadas pero ellas estaban alejadas y excluidas de toda participación política. Las Fuerzas Armadas, en este momento que analizamos y lo seguiría siendo hasta el final del régimen, no funcionaron como un actor políticos sino eran un instrumento en manos del dictador.

El entramado Constitucional, sobre todo en el articulado transitorio, era una nueva negación del Estado de derecho, pues entregaba a la misma persona, el General Pinochet, la facultad de decretar la restricción de las libertades y garantías individuales, y a continuación, la de aplicar las medidas restrictivas.

Este fue el marco legal y constitucional de la dictadura en sus ocho años finales. En 1981 había 2 realidades en Chile que se fue dividiendo en dos mundos superpuestos, que transcurrieron durante toda la década del ochenta.

Una de esas realidades era eminentemente estatal. Un Chile, oficial, militarista con sus uniformes, sus edificios, sus preocupación por el protocolo, su control total del Ejército y del aparato económico y casi absoluto de los medios de comunicación masivos.

El otro Chile era ajeno al Estado. Era fundamentalmente civil, con su rechazo al ejército y a los símbolos materiales. Sus componentes pertenecían a una red de Organizaciones propias de la sociedad civil: sindicatos, organizaciones de pobladores, asambleas de base de los partidos, variedades centros académicos, etc.

A fines de 1981 estaban creadas las condiciones para el enfrentamiento entres estos dos mundos. El "país oficial", estatal y el "país opositor" con predominio en la sociedad civil.

El desencadenante del conflicto habría de ser una enorme crisis económica. A comienzos de 1982 el milagro económico hizo agua, la economía dirigida por los Chicago Boys había sido una burbuja especulativa.

Todo el proceso de desarrollo económico se vino abajo, una crisis económica tan profunda iba a desatar una crisis social y política de dimensiones. En el segundo semestre de 1983 las tasas de desempleo, alcanzaba al 33,6 por ciento, por otra parte, durante el período 1974-82 el gasto social por habitante disminuyó en un 20% y las cifras de inversión pública en sectores sociales se redujeron en un 80%.

La crisis y errada política económica del gobierno para enfrentarla llevaron a una situación desesperante. Sin embargo, se habían creado las condiciones para que el protagonista de la vida Chilena se trasladara a la oposición.

En 1983, la oposición reafirmaba su posicionamiento. Por 1º vez desde el inicio del régimen, se pensó que era posible la caída de Pinochet. La oposición transitaba durante estos últimos años del régimen entre fuertes y dolorosas contradicciones. Así llegamos a comienzos de 1986, Chile era una sociedad políticamente abierta, cualquiera fueran los propósitos del gobierno y cualquiera el texto de su Constitución y de sus leyes.

El 2 y 3 de Julio de 1986, fecha de la huelga convocada por la Asamblea de la Civilidad, fue, el punto más cercano obtenido por la oposición en la lucha por alcanzar el paro nacional. Esta paralización tuvo su impacto en el régimen fundamentalmente debido al efecto nacional e internacional de la represión en que las fuerzas militares quemaron a 2 jóvenes, uno de los cuales murió.

La política, en el resto del año, estaría fuera de la esfera de la Asamblea de la Civilidad y de los partidos, para refugiarse en el tortuoso mundo de las armas y de los enfrentamientos entre los grupos armados revolucionarios y los servicios de seguridad. Después del atentado Pinochet, fue decretado el Estado de sitio.

Como bien dice: Genaro Arriagada en su obra "Por la razón o la Fuerza", dentro del Ejército, el poder de Pinochet no hacía sino fortalecerse y consolidarse. A ello contribuiría la amenaza que creaba la política de insurrección que impulsaba el Partido Comunista y su brazo armado, FPMR,

y así entre marchas y contramarchas se gesta el plebiscito del 5 de Octubre de 1988. Al iniciarse 1988 la situación del gobierno y la oposición parecía de una relativa igualdad, ello significaba una clara diferencia con lo que había ocurrido en 1986 y 1987 donde el régimen autoritario parecía que sería el vencedor.

En Agosto de 1988, Pinochet fue designado por la Junta Militar, candidato único a la Presidencia para el plebiscito del 5 de Octubre de ese año, por el que se proponía su mantenimiento en el poder desde 1989 hasta Diciembre de 1997. Un 55,2% de los chilenos votó a favor del No, frente al 42% del Sí. El día 25, Pinochet anunció que dejaría el poder en 1990, aunque permanecería como jefe del Ejército. En 1990, el dictador entregó la presidencia a Patricio Aylwin, vencedor de las elecciones democráticas. Pinochet continuó como comandante en jefe del Ejército hasta marzo de 1998, momento en que pasó a ser senador vitalicio. Desde que dejó la Presidencia, Pinochet sorteó diversos episodios, como acusaciones de corrupción contra miembros de su familia, los hallazgos de fosas clandestinas con víctimas de la represión o la publicación del informe Rettig, que puso de manifiesto los abusos contra los derechos humanos cometidos por sus servicios de seguridad. En 1998, y a petición de la justicia española, Pinochet fue detenido en Londres. Finalmente, tras días de incertidumbre, el dictador no fue extraditado a España. Regresó a Chile. Sin embargo, en su país también se multiplicaron las iniciativas para procesarle y que así diera cuenta de los crímenes perpetrados durante su gobierno. De hecho, poco a poco, Pinochet fue desaforado en varios de los casos. De ese modo, sin inmunidad parlamentaria, el dictador podía ser juzgado. Su estado de salud, siempre alegado por su defensa, lo impidieron. En marzo de 2006, Michelle Bachelet, una mujer que fue detenida y torturada durante la dictadura, asumió la presidencia del país. El 10 de diciembre de 2006, moría tras sufrir un infarto.

Conclusión

Después de este breve recorrido por estas dos dictaduras podemos decir:

La que vivió Uruguay, desde el punto de vista jurídico e institucional, fue cívico _ militar, duele ver el apoyo de los civiles en la toma del poder público por los militares. Se extendió entre 1973 y 1985. Este régimen no respetó a la Constitución, se prohibieron los partidos políticos y se caracterizó por la persecución, encarcelamiento y asesinato de opositores al régimen.

La de Chile se caracterizó por la concentración del poder en manos de un solo hombre: Pinochet. Tres fueron los pilares de la misma: la concentración del poder político en manos del comandante en jefe del Estado; el poder atribuido a la policía política y por lo menos al comienzo, el gran desarrollo económico.

Lo que más la caracterizó fue el brutal atropello a los derechos humanos.

Entre 1973-1989 Chile es el escenario donde transcurre una brutal dictadura política; donde una oposición democrática se enfrenta a un Estado autoritario, una nación en la que un dictador, sin límites en el atropello de los derechos humanos, es a la vez mostrado como uno de los reformadores de la segunda mitad de siglo 20 latinoamericano.

En fin, este breve análisis, no alcanza a mostrar en plenitud todo el sufrimiento de estos países latinoamericanos, bajo uno de los regímenes políticos más nocivos de la historia.

Bibliografía

_ ARRIAGADA, Genaro, 1998. "Por la razón o la Fuerza". Editorial Sudamericana. Santiago de Chile _ en Antárquica _ Quebecor S.A. Chile.

_ CAETANO, Gerardo y RILLA, José, "Breve Historia de la Dictadura (1973-1985)." Grupo Editor - Uruguay.

Cita de este artículo:

AMUCHASTEGUI, M. C. (2013) "Historia social de América Latina: Análisis de las dictaduras en Uruguay y Chile"
Revista IN IURE [en línea] 1 de Noviembre de 2013, Año 3,
Vol. 2. pp. 12-28. Recuperado (Fecha de acceso), de
<http://iniure.unlar.edu.ar>

LA DOMINICA POTESAS EN ROMA Y SU PROYECCIÓN ACTUAL

Laura Liliana Micieli

Abogada, profesora de la U.N.La R- U.N.C.

María Elena Bazán

Abogada, profesora de la U.N.CA.- U.N.C.- U.C.C.

María Angélica Calvo Leal

Abogada, profesora de la U.N. de C.- U.N.C.

Soledad Andrea Peralta

Abogada, adscripta de la U.N.C.

Palabras claves:

Esclavitud, libertad,
abolir, sometimiento,
republica, vida,
muerte.

Key words:

Slavery, freedom,
abolish, subjugation,
Republic, life, death.

Resumen

El texto desarrollado está dividido en dos partes, la primera referida a la Dominica Potestas en Roma y la segunda etapa es atinente a la Dominica Potestas y su Proyección Actual, en la cual se exterioriza la abolición de la esclavitud en la Argentina y su ilicitud, a través de la trata de personas la cual se configura por diversas manifestaciones, producidas por hechos a nivel laboral, sexual, religiosos, extracción de órganos, entre otros.

Abstract

The text is divided into two parts, the first referring to the Dominica potestas in Rome and the second stage is with regard to the Dominica potestas and its current projection, in which externalises the abolition of

slavery in Argentina and its illegality, through trafficking of people, which is configured by various manifestations, produced by facts in the workplace, sexual, religious, removal of organs, among others.

INTRODUCCIÓN

El hombre en la génesis de la creación fue libre por albedrío divino, pero este ser humano, en su evolución fue trastocado por las diversas vicisitudes producidas por sus pares, la libertad se truncó por el mal desempeño del hombre a través de su poder para algunos, para otros resultaban ser sometidos; de este vínculo surge la potestad del amo sobre la del esclavo, proclamándose de esta forma una institución que se extenderá por toda la humanidad. La esclavitud.

El tema a desarrollar está dividido en dos partes, la primera referida a la Dominica Potestas en Roma, subdividiéndose en el concepto, definición del instituto, origen de la misma, relatos de la vida y costumbre del amo y esclavo, las causas que la produjeron, la condición jurídica del siervo, y su evolución trajo aparejada la figura jurídica de la manumisión con todas sus formas, efectos y restricciones.

La segunda etapa es atinente a la Dominica Potestas y su Proyección Actual, en la cual se expone sobre la abolición de la esclavitud en la Argentina y su ilicitud en la actualidad mundial, a través de la trata de personas la cual se configura por diversas manifestaciones, producidas por hechos a nivel laboral, sexual, religiosos, extracción de órganos, entre otros.

Primera Parte: A.- La Dominica Potestas en Roma

1- DOMINICA POTESTAS

En el presente trabajo nos adentraremos a analizar la Dominica Potestas, expresión que está dirigida a quien ejercita el poder absoluto con todas sus atribuciones sobre otro hombre, es decir la potestad del amo sobre la del esclavo, poder supremo de vida y muerte.

a- Concepto. Definición

La potestad que ejerce el Dominus era sobre el esclavo, indistintamente, hombre o mujer, de todas formas eran considerados una cosa. Esta postura la encontramos manifestada en Gayo I, 52 que dice:

"Los esclavos están sometidos a la "potestas" de sus dueños (dominus). Esta potestad es del "ius gentium" ya que podemos observar de una manera general en todos los pueblos que los dueños tienen una potestad de vida y muerte sobre sus esclavos, y que cuanto éstos adquieren, es adquirido por el dueño (dominus)"¹.

La normativa expresada nos está reafirmando el poder, es decir la Dominica Potestas, la supremacía del dominus sobre el siervo, ya que podía venderlo, legarlo, donarlo, entre otros.

El vínculo existente entre ambos trajo aparejado el instituto de la esclavitud que se expresa en el Digesto, Libro 1, Título 5, cuya rúbrica se refiere al "Estado de los Hombres", y en su fragmento 4, párrafo 1, de Florentino que dice *"La esclavitud es una constitución del derecho de gente, por la que alguno está sujeto contra la naturaleza al dominio ajeno"*².

¹ Gayo I, 52

² D.1.5.4.1

Esta disposición se contrapone con lo expresado en el libro mencionado anteriormente, ya que nos define a la libertad como la *"... natural facultad de hacer lo que place a cada cual, salvo si algo se prohíbe por la fuerza o por la ley"*.

Por lo tanto, la esclavitud era una institución del derecho de gente y contraria al derecho natural.

1. b- Origen de la Esclavitud

Resulta prudente para abordar un tema específico remontarse a los orígenes de la institución que se va a tratar, si bien no se hará un análisis detenido del surgimiento de la misma en el mundo antiguo, ni su evolución con el paso del tiempo, pero debemos destacar como aparece la ESCLAVITUD en la humanidad y específicamente en Roma.

La esclavitud es la contracara de la DOMINICA POTESTA. El esclavo es el individuo sobre el cual se ejercita el poder y la esclavitud no es otra cosa, que el poder ejercido por un hombre sobre otro.

Gran parte de los autores sostienen que este sometimiento nace de la debilidad de un género frente a otro; así los primeros esclavos no fueron otros que las mujeres, quienes en los primeros albores de la humanidad fueron sometidas y exigidas a realizar tareas sumamente penosas. De esta forma mucho antes que la institución de la esclavitud fuera aceptada y regulada en el mundo antiguo la mujer ya era considerada como esclava. El jurista alemán Ihering al referirse a este instituto nos manifiesta que

"...la historia del poder en el mundo es la historia del egoísmo, pero el egoísmo debe adquirir juicio y aprovechar la experiencia del pasado. La esclavitud señala, es el primer paso en este camino. El primer vencedor que respetó la vida del enemigo vencido..."

Y así expresa contundentemente *"... un esclavo vivo tiene más valor que un enemigo muerto..."*.

La mayoría de los autores coinciden en afirmar que en el género y en las guerras estaría el origen de la esclavitud en la humanidad.

La filosofía aristotélica la justificó y se puede afirmar que en la sociedades antiguas resulto un mal necesario. Los pueblos de la antigüedad en su totalidad conocieron como ley el TRABAJO SERVIL, en India, Egipto, Asiria, Babilonia, Persia, Grecia, Roma, los pueblos hebreos, Germanos, Galos, Sajones y Eslavos, aceptaron y regularon este instituto.

La idea de esclavitud en la antigüedad iba a la par del concepto de TRABAJO Y DESARROLLO; por lo tanto no se concebía la idea del trabajo sin sometimiento.

En Roma la esclavitud aparece tardíamente, pues en los primeros albores de Roma los esclavos no estaban presentes; la familias autosatisfacían sus necesidades, si bien algunos textos de la antigüedad mencionan sobre la muchedumbre de esclavos que pertenecieron a Tulio Hostilio y de la pompa que rodeaba al último de los Tarquinos, sin embargo estos sirvientes estaban destinados y confinados al palacio de los reyes desapareciendo con la caída de la monarquía.

Tampoco fue necesario el esclavo en Roma en las primeras épocas para el trabajo de la agricultura, ya que las heredades eran pequeñas si recordamos por ejemplo el reparto que realizó Rómulo de la tierra. Dionisio de Halicarnaso señaló que una de las instituciones, más relevante de Rómulo fue la que mandó a no esclavizar a los jóvenes de los pueblos conquistados. Esta afirmación, no debe tomarse al pie de la letra pues hubo esclavos en esa época, pero sí se puede decir, tal lo asevera Valerio Máximo, que los antiguos romanos tuvieron poco o insuficiente dinero, escasos esclavos y la posesión de una reducida y árida tierra.

Recién corridos cinco siglos desde la fundación de Roma, incorporó al esclavo a su vida cotidiana. Fue el apogeo de las guerras lo que generó mayor provisión de mano de obra que utilizó para el trabajo servil; en esta época los brazos libres se retiran del trabajo de la agricultura y serán sustituidos por los esclavos.

Así cuando comienzan las conquistas en la época de la república de los distintos pueblos de Italia, cada uno que era vencido se incorporaba como un pueblo sometido y si había prestado resistencia era necesario despojarse de ellos, lo más pronto posible y alejarlos del lugar, razón ésta que motivó que estos pobladores fueran vendidos a los comerciantes que venían desde otras tierras a adquirir esclavos y los mismos eran vendidos en el campo de batalla, pues su sostenimiento era costoso y complejo pues no había donde ubicarlos.

El período con mayor cantidad de esclavos que tuvo Roma fue precisamente en los años gloriosos de la República y en el primer siglo del Imperio.

Algunos eruditos del momento sostienen que la situación de similitud a los esclavos es la que tuvieron los hijos sometidos a la potesta de su pater, pues el podía decidir sobre su vida y muerte o la que tenían los acreedores del nexum sobre los deudores, quienes si no satisfacían el pago de la deuda caían en una situación de cuasi esclavitud y en especial estos deudores eran de origen plebeyo, por eso la mayor parte de los estudiosos del tema, coinciden en afirmar que el origen de esta institución desde el análisis del derecho privado tuvo su génesis en la situación de los plebeyos.

Manifiesta Gibbon que en la época del emperador Claudio la mitad de la población del imperio Romano era de 120 millones de habitantes, que eran esclavos, por lo tanto se puede deducir la trascendencia numérica que tuvieron estos hombres en la conformación de la población romana.

Es de destacar que la esclavitud estuvo ligada al factor de producción y avance en el mundo antiguo, pues fueron utilizados, como bien hemos dicho para el trabajo y en especial el trabajo en serie, en fabricaciones de ropa, de libros, y otras manufacturas muchos propietarios de esclavos, poseían a los mismos como una renta segura, los hacían procrear y cuando llegaban a la edad de ser usados para el trabajo, los alquilaban y vivían de las rentas que se abonaban por el alquiler de los mismos.

A medida que Roma tuvo mayores conquistas por medio de la guerra sumó numerosos esclavos, los que fueron reproduciéndose y transmitiendo su condición a sus descendientes, transformándose de esa forma en una parte vital del trabajo cotidiano de este pueblo.

1. c- Vida - Costumbre: Amo y Esclavo

En Roma, para exponer el poder absoluto, sin limitaciones, es ubicarse en la casa de un hombre con fortuna es decir, quien se desempeñaba como el jefe de familia y el amo del esclavo.

Este hombre solo, eje de innumerables servidores, algunos para sus necesidades y otros para sus placeres, sus deseos eran órdenes y se destacaba por un carácter duro, déspota, violento, colérico con decisiones a sus siervos de torturar o matar; los magistrados trataron de proteger al esclavo, en distintos hechos contra esta potestad sin límites, pero sin conseguir algún cambio en ellos, la costumbre era más fuerte que la ley.

El amo y la señora procedían con una gran inhumanidad, era para ellos algo rutinario, su cólera los llevaba a buscar herramientas de torturas, para aplicarlos sobre estos pobres desgraciados.

Adentrándonos, a las opulentas mansiones observamos que estos poderosos eran atendidos por numerosos esclavos, a tal punto, que el amo se veía abatido por llevar una vida fácil; se trasladaban de un lugar a otro, por medio de una silla o litera, soportando el peso estos hombres serviles; además siempre era atendido por el siervo que le indicaba el momento para lavarse, bañarse, almorzar, entre otras.

El esclavo por lo general, sabía perfectamente de sus gustos y exigencias, ellos les presentaban los manjares más apetecibles y reconocían sus preferencias; más tarde el dominus se retiraba a sus aposentos y se recostaba en su lecho de rosas esperando ansiosamente su comida, mientras tanto se ocupaban de recrear su estado de descanso, a

través de cánticos y espectáculos lujuriosos, su vestimenta es de contextura fina y flexible, completando su persona con una exquisita fragancia.

Dentro de otras complacencias que se otorgaba, era escoger algunos esclavos para reanimar su cuerpo a través de hábiles masajes, a sus dedos inertes devolverle sus movimientos y así, con todos los miembros de su figura, buscando producir sensaciones especiales.

El contacto del amo con el esclavo se produce desde la niñez, corrompiéndolo y depravándolo en la juventud, y de esa manera lo moldeaba a su antojo.

En la época del Bajo Imperio, la educación estuvo a cargo del esclavo, este fue uno de los primeros males propios de Roma, que luego se extendió a todas las provincias.

Las señoras dejaron sus hijos, bajo el cuidado de las nodrizas quienes se encontraban corrompidas por el divorcio reinante, y al niño se lo consideraba como una carga y se lo criaba en la celda de la esclava, nutriéndose de la misma leche que recibía el niño esclavo, degradando de ésta forma al hijo del amo, que con el tiempo, sería su amo y señor.

La nodriza, por lo general era griega y a su lado se encontraba un esclavo escogido al azar, con el nombre de educador o de nutritor, a veces era él más vil de todos y por lo tanto, el menos adecuado para cumplir esa función; quien educaba propiamente dicho era el esclavo poedagogus, que dirigía por si mismo sus servicios, se destacaban por ser costosos, en otras oportunidades se distinguían como celador, acompañaba a su joven amo a los colegios de los gramáticos, pero no siempre el pedagogo era de una gran moralidad, al contrario, aduladores de sus Dominus juveniles.

Mientras, este amo continuaba creciendo, en él enardecía su sangre de pasiones que lo conducía acercarse a la esclava bella y llamativa, pero también su padre se encuentra enamorado de ella, que confusiones de sentimientos desencontrados entre padre e hijo y por el otro lado, una

esposa y una madre consternada por este hecho, ella quiere salvar a su esposo, y por lo tanto inclina a su hijo hacia la sierva.

Asimismo, las matronas también, se encontraban imbuidas en relaciones ilícitas, ya que ellas se vinculaban con los esclavos, y algunos de ellos no eran por su voluntad y sentimientos, sino obligados por ellas mismas; caso contrario el esclavo era apaleado o lo tiraban a las fieras.

Estas situaciones, desfavorables y desordenadas se vieron interrumpidas, por la disposición de Constantino del año 326 que ordenaba, el castigo para la mujer con pena capital, y a su cómplice con la del fuego, esta normativa fue considerada exagerada.

Una vez, tratado el aspecto del poder del amo, nos centraremos ahora en el esclavo, quien en la antigüedad perdía su propia conciencia y aniquilaban su alma, solamente les interesaba su cuerpo, era el pensamiento de la clase dominante sobre la servil, es decir, les quitaron los distintivos de la persona humana.

El primer signo de individualidad que reviste este ser, es el nombre, que el individuo no pierde y lo transmite a sus descendientes, pero el esclavo no gozaba de esta cualidad, simplemente tenía un agnomen o sobrenombre, que no pasaba a sus hijos, sino que moría con él; en sus comienzos se lo reconoció llamándolo "el esclavo de Marco, el esclavo de Lucio", esto hizo necesario un nomenclator para lograr retener sus apodos.

Los sobrenombres designados surgieron por diversos motivos, entre ellos, a través de la Mitología o Fábula, como Eros, Febo, Hermes, Perseo y demás; por la Historia a Mitrídates, Priamo, Aquiles, Midas, Creso, Dido, entre otros; o por la Astronomía a Lucifer, Hesperio; o del lugar donde nació el esclavo, de Siro, del Líbano, de Geta, de Davo; o de un animal, expresado en Lobo, Leopardo; o del comerciante que lo vendió.

El esclavo era semejante al animal, una cosa, un semoviente, mirándolo desde el punto de vista comercial y desde el aduanero, como una mercancía, con un valor estipulado en un denario y medio; en ciertos

puertos la tarifa era fija pero en otros dependía del estado físico del siervo; éste podía negociar con sus compañeros en determinadas etapas del año, siempre que el amo lo permitiera.

Los esclavos no podían unirse con hombres y mujeres ajenos a la casa, y cuando el amo consentía la unión de ellos para vivir juntos en un mismo techo, se denominó a éste vínculo *Contubernium*, fue una situación precaria y sin integridad alguna, no había ley que la protegiera, solamente la del amo; esta ligazón no trajo consigo la posibilidad de adulterio, y cada uno de ellos era libre de violar la unión, no hay envidias, todo es de todos.

La vida del esclavo fue muy tortuosa, cruel sin ningún vislumbre del libre albedrío, aunque había esclavos esperanzados en la libertad, otros no, porque dependían de la voluntad del amo o del juez, como en los siguientes hechos, cuando se vendía una esclava con la condición que su nuevo amo no le concediera la libertad nunca, en el caso de legarlo imponiendo al legatario la obligación de mantenerlo en perpetua servidumbre y los magistrados gozaban de la facultad de condenarlos a que no obtengan la libertad.

También se producían castigos domésticos, cuando el amo los enviaba al campo por sentirse descontento con él, reduciéndolos a la categoría de los que trabajaban encadenados y dormían en prisiones subterráneas, se los llamaban *compediti*, estos llevaban hierros en los pies y en las manos, mientras que su rostro era marcado con un hierro candente.

Otra clase de esclavos sufrientes eran los que cumplían funciones en las explotaciones de minas y canteras, dormían encadenados y realizaban sus tareas durante todo el día extrayendo piedras, sin descansar; había algunos condenados a dar vueltas, en ciertas ocasiones hasta la muerte, a la rueda del molino o amasar la harina, se encontraban vestidos con arapos, la piel deteriorada por los latigazos, la cabeza afeitada, los pies unidos por argollas, el pecho deformado por el fuego, párpados quemados por el humo, los ojos casi privados de la luz, estas fueron las sanciones y secuelas para los desafortunados serviles.

A veces el dolor y la desesperación llevaba al esclavo a sumirse en sí mismo, buscando acabar con su vida y lo hacía por medio del suicidio, las fuentes relatan que en las familias numerosas los esclavos estaban dispersos en las casas, campos, talleres y que el amo controlaba a todos ellos, por el temor que se propagase esta mortandad, como si fuera una epidemia; éstos eran separados del grupo para que no influyeran en los demás, el acto fue considerado por la ley como un vicio, que le daba el derecho al comprador del esclavo anular su venta, por el antecedente; uno de los síntomas, que producía el quitarse la vida era la locura, y surgió debido a las condiciones físicas y morales de los desesperados, ante estos hechos el amo resolvió venderlos.

Podemos afirmar, que las reseñas referidas a estas dos figuras integrantes del pueblo romano, amo y esclavo, son aún más numerosas.

1. d- Causas de la esclavitud

Continuando con el análisis del trabajo, nos asentaremos en resaltar las causas por las cuales se adquiría dicha condición, ellas son:

a- Por nacimiento: Este factor y el principio establecía que el hijo sigue la condición de la madre, este precepto produjo avatares a lo largo de la evolución de la sociedad romana, además debemos mencionar la incidencia de la concepción cristiana en este tema, permitiendo el surgimiento de un instituto que concedía la libertad al esclavo, como es la manumisión.

b- Causas del derecho de gentes: En este aspecto surgen a través de las guerras y quien era tomado como prisionero del enemigo caía en estado de esclavitud, y así lo era en todo el mundo antiguo, aquí cabe recordar los efectos del IUS POSTLIMINIUM y la FICCIÓN de la LEY CORNELIA, que no resulta necesario ahondar en ellas solo basta mencionárselas.

c- Causas del derecho civil: Son muy variadas, por ejemplo el caso del que no pagaba la deuda a la cual había sido condenado en un litigio, no

pagar los impuestos, no enrolarse en el ejército, desertar del mismo u otras, además la situación de aquel que simulaba ser esclavo y junto a un cómplice se hacía vender como tal para luego dar a conocer su condición de libre.

La denominada PROCLAMATIO IN LIBERTATEM, prevista en el derecho Justiniano como delito y que era sancionado con la caída en el estado de esclavitud tal lo prevé en el Digesto en su Libro 1, Título 5, cuya rúbrica se refiere "Del Estado de los Hombres", y en su fragmento 5, parágrafo 1 que expresa: "*Pero los esclavos se reducen a nuestro dominio o por derecho civil... si alguno mayor de veinticinco años consintió ser vendido para participar del precio...*"³

Otra forma contemplada fue Gayo I, 160 cuando manifiesta que "*También las mujeres de conformidad con el senado consulto claudio se hacen esclavas de los dominus de los esclavos con los cuales ellas se han unido, contra la voluntad de aquellos y no obstante sus advertencias*"⁴.

Esta normativa fue abolida posteriormente por el emperador Justiniano, por juzgarla indigna en esos tiempos, esta disposición se encuentra expresada en la Instituta, Libro 3, Título 12, Fragmento 1 última parte⁵.

Otros modos fueron cuando un hombre libre era condenado a muerte, siéndolo durante el período existente entre la condena y la ejecución de la misma, además debemos agregar que estos sujetos no tenían dueños, sino que eran esclavos de su pena así se los denominaba SERVI POENAE; otra situación se manifestó en el liberto ingrato con su dueño en forma expresa y esto le hacía perder el estado anteriormente adquirido.

³ D.1.5.5.1.

⁴ Gayo I, 160.

⁵ I.3.12.1.

1. e- Condición Jurídica del Esclavo

El Derecho Romano consideraba al esclavo como un objeto de dominio que pertenecía, a su amo. Por ende, se lo incluía entre las cosas mancipables, *res mancipi*.

Este principio no fue aplicado en Roma con toda su estrictez, porque la legislación romana, no pudo dejar de reconocer, que a pesar de su carácter de cosa, el esclavo era un ser humano ocupando una posición muy diferente a las demás cosas, su sola existencia posibilitaba la aparición de relaciones jurídicas a las cuales el mismo no era ajeno.

De esta forma, el esclavo podía intervenir válidamente en una serie de vínculos que tenían por efecto hacerle adquirir para su amo, sea como instrumento de contratación, cuando celebraba personalmente una convención, o de adquisición cuando era instituido heredero por un extraño.

El esclavo podía llegar a ser titular de una limitada cantidad de bienes pertenecientes a su amo y sobre los que ejercía la administración, denominado *peculium*, esta consideración lo equiparó al hombre libre desde que se consideró religioso el lugar donde aquél fuese sepultado⁶.

El amo ejercía sobre el esclavo una potestad, la "dominica potestas", que tenía carácter absoluto y que sólo estaba limitada de hecho por la acción de los censores y la opinión pública. Esta amplitud de poderes permitía que el amo estuviera autorizado a disponer de la vida de su siervo, que pudiera castigarlo, abandonarlo sin que por ello obtuviera la libertad y enajenarlo como cualquier otra cosa "in commercium".

Como la potestad sobre el esclavo se ejerció por sus titulares en una forma abusiva, en la época imperial se inicia una reacción que tiende a poner freno al ejercicio ilimitado del poder. Así la Lex Petronia, del tiempo de Augusto, prohibió al amo vender su esclavo para ser utilizado en el circo enfrentando a las fieras. El Emperador Claudio otorgó la libertad a los

⁶ D.11.7. 2. pr.

esclavos que hubieran sido abandonados por sus dueños por padecer de una enfermedad ó haber llegado a la vejez e impuso la pena correspondiente al homicidio a quienes mataron a los esclavos de esa condición para liberarse de ellos⁷.

Por un senadoconsulto dado bajo el Consulado de Neracio Prisco Annio Vero, se castigó como crimen, con la pena de la mitad de sus bienes al amo que dispusiera la castración de un esclavo y por la ley Corneliae de Sicariis se prohibió dar muerte a un esclavo.

En cuanto al régimen especial tendiente a regular los vínculos contractuales llevados a cabo por el esclavo y de las cuales podían nacer obligaciones a cargo del amo que debían ser satisfechas a los terceros contratantes. Por último, también se reconoció el nacimiento de relaciones obligatorias entre el amo y un tercero por la actitud delictuosa asumida por el esclavo y un tercero, y por el mismo siervo.

En lo concerniente a los contratos que el esclavo celebrare con terceros, al no estar éste civilmente capacitado para obligarse, sólo contraía una obligación natural a su cargo, no teniendo entonces el acreedor acción contra el siervo ni tampoco contra el amo, en tanto que, siendo el esclavo un medio de adquisición, el dominus resultaba titular de los créditos que por conducto del esclavo hubiese adquirido a su favor.

Esta situación al ser contraria a la equidad, por lo tanto intervino el pretor con el objeto de defender a los terceros contratantes concediéndoles a tal efecto el derecho de accionar directamente contra el dominus.

En lo que respecta a la responsabilidad del amo por los delitos cometidos por sus esclavos, es necesario hacer notar que en el Derecho Romano el esclavo desde antiguo, fue civilmente responsable por los delitos que cometiera, pero sucedía en la práctica que el derecho de la víctima para hacer efectiva la indemnización resultaba ilusoria porque el esclavo no podía ser demandado en justicia por no ser un sujeto de derecho y además,

⁷ D.40, 8, 2; D.48, 8, 1, 2.
C.7.6.1.3.

porque carecía de un patrimonio propio, que sirviera para responder por el daño que hubiera causado.

Desde la Ley de la XII Tablas se arbitraron soluciones con el fin de dotar de una acción eficaz a la parte lesionada, para poder reclamar del *dominus*, el resarcimiento del *daño* que el delito de su esclavo hubiere provocado⁸.

En el caso que el esclavo llegara a cometer un delito instigado por su amo, esto es, por orden expresa del mismo ó con su consentimiento, el tercero damnificado podía perseguir al amo directamente, por estar obligado *ex delicto*, para lograr la reparación correspondiente. En el supuesto que el esclavo hubiera obrado por propia determinación, el tercero sólo podía reclamar del *dominus* la entrega del esclavo, produciéndose de esa forma el abandono noxal, *noxae dare*, o sea pagando a la víctima la indemnización derivada del hecho ilícito, y la acción que éste hubiera entablado se calificaba de *actio noxalis*. Esta acción se caracterizaba porque no se daba en contra de la persona bajo cuya potestad el esclavo se encontraba al tiempo de cometer el delito sino en contra de aquella que lo tuviera in potestate en el momento de la *litis contestatio* y generalmente era acordada en los delitos de hurto, de injuria, y en el de rapiña⁹.

En el orden religioso, al esclavo se lo hace partícipe en el culto público y en los *sacra privata*. Tiene capacidad para jurar¹⁰ y merece honras fúnebres.

1- Manumisión

Durante largo tiempo, el esclavo estuvo bajo una situación de opresión, degradar su figura física por su amo y las normativas vigentes. Roma fue la ciudad que más esclavos tuvo y así mismo, la que permitió liberarlos a manos llenas, con un grito de esperanza, de libertad.

⁸ Tabla VIII, 6.

⁹ Gayo, IV, 75; I.4.8.pr.; I.4. 8. 3; I.4. 8. 4; D. 9. 4. 1. D.9.4.2. pr; D.9.4.2.1; D.9.4.3; D.9.4.4. 2.

¹⁰ D.12. 2.23; D. 40.12.44.

¹¹ I.1.5.pr.

2. a- Etimología. Concepto

El siervo para obtener el grado de libertad, debía recibir de su amo o patrón el acto de manumitir, que se denomina Manumisión, manumissio, palabra que derivó de manu y mittere, es decir soltar o dejar de la mano, porque era la forma de proceder que tenía el amo al libertar a su esclavo, es decir, renunciaba al dominio de éste. Esta institución se encuentra expresada en la Instituta, Libro I, Título V, cuya rubrica expresa "De los libertinos", y en su proemio que expresa:

"...Manumisión es la dación de la libertad. Pues mientras alguien está en servidumbre, está puesto bajo mano y potestad; el manumitido se libra de la potestad...Más después que por el derecho de gente apareció la esclavitud, le siguió el beneficio de la manumisión... y hubo tres clases de hombres, los libres, en oposición a éstos, los esclavos, y la tercera los libertinos, los cuales habían cesado de ser esclavos"¹¹.

Las partes intervinientes en ésta relación de sometimiento, por un lado es el patrón que era un verdadero pater para el esclavo en cierta forma, quién lo sacaba de esa condición para darle una nueva vida; y por el otro lado, el manumitido a quien se lo denominaba liberto o libertino.

2. b- Formas de Manumitir

La extinción de la esclavitud, se producía a través del instituto de la Manumisión y de ella surgieron formas, modos, que son para algunos autores solemnes o no solemnes, otros las denominaron pública o legal, iusta, y privado o extralegal, minus iusta; para el análisis nos referiremos en primer término a las solemnes que a su vez podían ser por censo, vindicta y testamento¹².

¹² Gayo I, 17.

El primer modo de liberación solemne fue a través del censo que consistía, cuando el amo se presentaba con el esclavo ante el censor para inscribirlo, en el número de ciudadanos romanos, éste fue el más antiguo y comenzó con Servio Tulio, fundador del censo. En esa época fueron muy pocos los manumitidos ya que éste se realizaba cada cinco años y más tarde, se vio interrumpido por diversas causas; este empadronamiento se publicaba y a su vez era acompañado por un sacrificio que se denominó "Lustral", pero al esclavo se lo consideraba libre desde el momento de la inscripción y no de la publicación.

Otra forma de redimir al siervo, fue por medio de la vindicta, recibió ésta denominación la vara con la que el magistrado tocaba al esclavo, algunos estudiosos expresan que derivó de la palabra Vindicio, nombre del primer esclavo manumitido a quién el Senado le otorgó los derechos de ciudadano. Esta manumisión se efectuaba por medio de un proceso ficticio de reivindicación de la libertad, en la cual se reunía el dominus, el esclavo, y un tercero que reivindicaba ante el magistrado romano que podía ser el pretor, el cónsul o gobernador de provincia¹³.

La tercera solemnidad fue por testamento, es decir, en la última voluntad del testador, dispone de sus bienes y la libertad a sus esclavos; ésta decisión por parte del amo, podía ser de forma directa, cuando el heredero aceptaba la herencia, convirtiéndose el esclavo en liberto; o indirectamente cuando el testador rogaba al heredero, legatario o fideicomisario que concediera la libertad al siervo¹⁴. Los que se beneficiaban del testador, estaban obligados a efectuar la manumisión convirtiendo al esclavo en liberto suyo del difunto y éste podía instituirlo además como heredero necesario¹⁵.

Entre otras modalidades de manumitir eran las no solemnes, que a fines de la República, no gozaron de solemnidades ni ceremonias al respecto, y que solo se valieron de costumbres, actos realizados por el amo en favor del sometido, para acreditarle su libertad; entre ellos nacieron la manumissio

¹³ D.40.1.14.pr.

¹⁴ D.40.4.11.pr.

¹⁵ I.2.14.1; I.2.19.1.

inter amicos¹⁶, es decir, entre amigos; la manumissio per epistolam que se efectuaba por medio de una carta dirigida al esclavo; la manumissio per messam, cuando el amo sentaba al esclavo en su mesa, además podemos mencionar, por codicilo concedida ante la presencia de cinco testigos¹⁷; cuando vestía a la esclava con el traje de las matronas romanas o al siervo colocándole el gorro de libertad en los funerales del amo difunto, o casaba a la esclava con un hombre libre constituyéndole una dote.

2. c- Efectos y Restricciones de Manumitir

De acuerdo a lo expuesto hasta el momento, nos damos con un gran número de manumisiones durante la época de la República y los comienzos del Imperio, ésta se produjo por las grandes guerras civiles, por la generosidad de los amos, la gran industria del mismo esclavo, del provecho personal, la ambición, la vanidad, entre otras.

Estas situaciones produjeron diversos efectos, que consisten en las manumisiones otorgando al esclavo su libertad, una nueva condición con capacidad jurídica ante la sociedad y a la misma persona.

La consecuencia de ésta institución dependía si las manumisiones eran solemnes o no, en el caso de las primeras el esclavo era libre, ciudadano romano y adquiría los derechos inherentes; en cambio en el segundo aspecto el esclavo no gozaba de una libertad iure sino de hecho, lo que implicaba que el amo, en cualquier momento lo podía hacer regresar a su condición, por lo tanto al no ser libre por el derecho, no disfrutaba de la ciudadanía.

Estos aspectos trajeron aparejado, las diferencias que se producían en las distintas manumisiones y que el pretor se vio forzado a defender a los esclavos libres de hecho para mantenerlos en esa libertad, aún en contra de la decisión del amo.

¹⁶ Gayo I, 44.

¹⁷ I.1.5.1.

Más tarde se dictó la lex Iunia Norbana del año 19 que admitió la condición legal de las manumisiones sin solemnidades y reconocía la libertad civil pero no la calidad de ciudadano romano, a su vez los colocaron bajo la denominación de latinos junianos; estos manumitidos no podían disponer ni adquirir por testamento y a su muerte los bienes eran entregados al dominus a título de peculio. Podían comerciar por actos entre vivos, que con el tiempo llegaron a ser titulares del dominium ex iure quiritium¹⁸.

En el tiempo de Constantino surgió una nueva forma de manumisión que era solemne y se la denominó "in ecclesia", se producía cuando el dominus declaraba en una iglesia ante la autoridad eclesiástica y el pueblo cristiano; este modo le otorgaba al esclavo, "la libertad y la ciudadanía romana"¹⁹; más tarde, con Justiniano, se consagra el principio disponiendo que cualquier forma de manumisión era válida y el siervo adquiría también, lo manifestado anteriormente.

La esclavitud se extinguió a través de otra forma, por "imperio de la ley"; en este nuevo acto, el siervo la adquiere a título de recompensa; en las fuentes encontramos diversas situaciones por ejemplo, cuando éste denuncia al asesino de su amo²⁰; o por medio de una buena conducta que beneficia a la sociedad. Asimismo, la esclava que se vende para no ser prostituida²¹, también se hacía libre al siervo de buena fe que vivió libre durante diez años en la morada de su amo o veinte años, en caso contrario.

En relación, a las restricciones de manumitir son numerosos los manumitidos que dio lugar a los llamados libertos, y que comenzaron a formar parte de la clase ciudadana. Este movimiento creó conflictos dentro del aspecto político, económico y racial, a tal punto que el emperador Augusto dictó leyes cuyo objetivo fue limitar las manumisiones.

Entre las primeras leyes que se ordenaron fue la lex Aelia Sentia del año 4 a. C. que prohibió a los amos manumitir a los esclavos menores de treinta

¹⁸ Gayo I, 22.

¹⁹ C.1.13.1,2.

²⁰ D.29.5.3.13.

²¹ C.1.4.14.

años, salvo que se realice por vindicta y aprobado por un consejo integrado por cinco senadores y cinco caballeros púberos, si este acto se realizara en Roma, sino veinte recuperadores en las provincias; en el caso de no cumplimentar los requisitos no adquiriría la condición de ciudadano, pues obtenía el de latino juniano. Otra denegación por parte de la ley, bajo pena de nulidad, era que los amos menores de veinte años manumitieran a sus esclavos, salvo que cumplieran los requisitos anteriores; también declaraba nula las efectuadas en fraude a los acreedores del manumisor; así mismo los esclavos que hubieran recibido penas corporales por delitos cometidos podían ser liberados pero con una libertad de hecho, careciendo de los derechos de ciudadanía y colocándolos en la categoría de los *dediticios*²².

Otra de las leyes de Augusto es del año 2 a. C. que se la llamó *lex Fusia* o *Furia Caninia*, restringe a las manumisiones testamentarias que eran las más frecuentes y se producían cuando al esclavo se lo instituía heredero, la ley ordenaba que debía ser colocado el esclavo en forma nominativa, es decir, identificar al siervo por su nombre y que debía tener una relación, en cuanto a la cantidad de ellos que tuviera el *dominius*, lo cual implicaba manumitirse la mitad, prohibiendo manumitir más de cien²³.

La ley *Aelia Sentia* fue suspendida en el derecho justiniano salvo, la que se refiere a la anulación de las manumisiones realizadas en fraude a los acreedores²⁴, así también la *lex Fusia Caninia* a sus disposiciones las consideraron como odiosas e inhumanas que atentaban contra el principio de la libertad a testar²⁵.

²² Gayo I. 12, 15, 17, 21.

²³ Gayo I. 42, 43, 45.

²⁴ I.1.6.3.

²⁵ I. 1. 7. pr.; C.7.3.1.

Segunda Parte: B. Dominica Potestas y su Proyección Actual

La esclavitud ha existido desde la antigüedad, el poder de los amos sobre los esclavos continuó en el tiempo y los movimientos abolicionistas surgieron con el objeto de poner término a la trata de esclavos en los primeros centros de tráfico como el Atlántico, en las colonias de países europeos y en los Estados Unidos de América; por esta razón se sancionaron diversos acuerdos multilaterales y bilaterales, que datan de principios del siglo XIX y contienen disposiciones por las que se prohíben esas prácticas ultrajantes, tanto en tiempo de guerra y de paz.

1- Abolición de la esclavitud en Argentina

En la Argentina en el año 1813 se declaró la Asamblea del año XIII, que resolvió respecto a la esclavitud llamarla "libertad de vientres", es decir, la libertad de los hijos de esclavos nacidos a partir del 31 de enero de 1813, de esta forma se produce un recorte de la esclavitud, originando pleitos que surgieron por los hijos de esclavos que alegaban haber nacido luego de esa fecha y cuyos amos aducían lo contrario; luego, un nuevo decreto, del 4 de febrero del mismo año, disponía que los esclavos que ingresaran al territorio rioplatense provenientes de otros estados serían libres.

Otra medida que adoptó la Asamblea y que implicaba un retroceso respecto a lo resuelto, fue una ley del año siguiente que privó de los beneficios de la libertad a los esclavos que arribaran como parte del servicio de algún particular y de los fugados, esto fue debido a la reacción portuguesa en Brasil, donde el peso de la esclavitud era incomparablemente mayor y cuyos esclavos podrían lograr la libertad al fugarse hacia la Mesopotamia o la Banda Oriental.

En 1840 se dicta el tratado anglo argentino que dispuso la total prohibición de las aún vigentes prácticas del comercio de esclavos, su

exclusivo objeto era "la total y absoluta abolición del tráfico de ellos en la Confederación Argentina".

En el año 1853 se sanciona nuestra Constitución que logra la abolición definitiva de la esclavitud, pero aún después se registraron transacciones clandestinas, al punto de que en la actualidad existen en el país casos de mano de obra en condiciones similares a la misma.

La regulación contra la trata de personas en la República Argentina encuentra su base en la Constitución Nacional a través del artículo 75 inciso 22, segunda parte y normas conexas a los artículos 15, 16, 18 y 28, entre otros, y esta la receta con rango constitucional a los Pactos de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la OEA y la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

Entre las normativas que ratificó nuestro país, mencionamos el Protocolo de Palermo en el año 2002, pero recién en el 2008 el Parlamento Nacional aprobó una norma federal para prevención, castigo de la trata de personas y asistencia a sus víctimas, mediante la Ley 26.364; actualmente se ha modificado la misma por la ley Nº 26842, sancionada el 19 de diciembre del año próximo pasado y a partir de esta normativa se entiende por trata de personas. A partir de la nueva ley, como trata de personas **se entiende "el ofrecimiento, la captación, el traslado, la recepción o acogida de personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países"**.

Se garantiza a la víctima de trata información sobre sus derechos "en su idioma y en forma accesible a su edad y madurez", asistencia psicológica y médica gratuitas, alojamiento apropiado, manutención, alimentación suficiente, elementos de higiene personal, capacitación laboral y ayuda en la búsqueda de empleo, asesoramiento legal integral y patrocinio jurídico gratuito, protección "eficaz" frente a represalias contra su persona o su familia, permanecer en el país o retornar su lugar de origen si lo decidiere, ser oída en todas las etapas del proceso, y protección de su identidad e intimidad.

La Ley 26.842 establece la creación de **Consejo Federal para la Lucha contra la Trata y Explotación de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas**. Además se establece el **Sistema Sincronizado de Denuncias sobre los Delitos de Trata y Explotación de Personas**, en el ámbito del Ministerio Público Fiscal.

Es de destacar que **las nuevas modificaciones de la Ley de Trata dispone condenas de prisión mucho más duras**, éstas serán **de 4 a 6 años** para que el "promoviere o facilitare la prostitución de una persona, aunque mediare el consentimiento de la víctima".

Con la implementación de ella se modificó el Código Penal en los artículos 145 bis y ter, prohibiendo y castigando todas las formas de trata de personas, tanto en adultos como en niños.

También se modificó el Código de Procedimiento Penal de la Nación en su artículo 33 estableciendo que esta figura delictiva es un crimen de competencia federal.

Como se puede observar, la magnitud del delito es a nivel nacional e internacional, de una relevancia para todos los Estados, y por lo tanto no pueden dejar de adoptar medidas que posibiliten una correcta prevención y a su vez sanciones efectivas contra los tratantes, debiéndose proteger adecuadamente a las víctimas que han sufrido graves violaciones a sus derechos fundamentales.

2- Dominica Potestas y su ilicitud en el mundo actual. Trata de personas

La esclavitud en la actualidad se encuentra más vigente que nunca, y ello puede demostrarse en los numerosos casos de trata de personas que se encuentran expresados en numerosas legislaciones mundiales, a modo de ejemplo, sólo mencionaremos entre ellos, en el Protocolo de la ONU en su artículo 3º define a la trata de personas como: "*la captación, el transporte,*

el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

La mayoría de las víctimas de la trata de personas detectadas en diversos lugares de Europa provenían de los Balcanes y la ex Unión Soviética, en particular de Rumania, Bulgaria, Ucrania, la Federación de Rusia y Moldova.

En el caso de España²⁶ la prostitución está asumida y normalizada, ocupando el tercer puesto en cuanto a cantidad de hombres que pagan por este servicio. Para los españoles, la prostitución no es un delito si se ejerce voluntariamente; no obstante, en el Código Penal aparecen claramente tipificados los delitos de la explotación sexual ubicados en los artículos 187 y 188 del Código Penal.

Aunque la trata que se origina en América del Sur afecta a un número menor de países, en los que existe suele alcanzar grandes proporciones. Los principales países de destino de las víctimas sudamericanas son España, Italia, Portugal, Francia, los Países Bajos, Alemania, Austria y Suiza. La mayor parte de la trata se realiza con fines de explotación sexual e incluye a transexuales. En cuanto a las víctimas de origen sudamericano en Europa es cada vez mayor el número de brasileñas. La trata de ellas afecta principalmente a las comunidades pobres del norte, como las de los Estados

²⁶ “La trata de blancas en España bajo mafias extranjeras. Al negocio hay que llamarlo claramente esclavitud sexual”, Publicada el 14-03-2012, Globedia, <http://ar.globedia.com/trata-blancas-espana-mafias-extranjeras-negocio-llamarlo-claramente-esclavitud-sexual>.

de Amazonas, Pará, Roraima y Amapá, y no a las regiones más ricas del sur²⁷.

La trata con origen en África afecta principalmente a las comunidades de la parte occidental, en particular a jóvenes nigerianas; la que se origina en el ámbito septentrional, Marruecos y Túnez, es todavía muy limitada, pero va en aumento; en el oriente, Uganda y Kenya, que tiene como principal país de destino el Reino Unido.

Además existen niños vinculados a fuerzas y grupos armados, en aproximadamente 17 países alrededor del mundo, decenas de millones de menores de distintos sexos, se encuentran luchando en guerras de adultos. Algunos son utilizados como soldados y participan directamente en hostilidades, mientras que otros son utilizados para cumplir funciones de tipo logístico como cocineros, portadores, mensajeros, espías, esto trajo aparejado que el adulto abusara sexualmente de ellos.

La utilización de niños en conflictos armados es una de las peores formas de trabajo infantil, representando una violación de los derechos humanos y un crimen de guerra, esto lo trata la Convención número 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Las víctimas de la trata de Asia oriental siempre han sido en su mayoría mujeres tailandesas, recientemente se han sumado chinas, vietnamitas y camboyanas, habitualmente se explota a esas mujeres obligándolas a dedicarse a la prostitución en establecimientos, por ejemplo salones de masajes, de belleza o saunas.

Algunos países del Golfo Pérsico como Arabia Saudí, Kuwait, Emiratos Árabes Unidos o Qatar no respetan la legislación laboral ni los derechos humanos, excluyendo al trabajo doméstico de las protecciones más básicas como los límites horarios en las jornadas laborales diarias, el descanso semanal y la cobertura en accidentes laborales, entre muchas otras. Estas

²⁷ UNODC Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito "Trata de personas hacia Europa con fines de explotación sexual". Centro Internacional de Viena, Austria http://www.unodc.org/documents/publications/TIP_Europe_ES_LORES.pdf.

vejeciones no son las únicas que deben soportar las trabajadoras domésticas migrantes, los maltratos y abusos psicológicos y físicos, es algo habitual en este tipo de relación laboral²⁸.

Un prestigioso periódico publicó que en China, se somete a sus habitantes a trabajo forzoso. Un informe de The New York Times asegura que varias de las principales empresas norteamericanas fabrican sus productos en ese país abusando de condiciones laborales extremas. Los empleados trabajan más de 12 horas diarias, 7 días a la semana y tienen una alta tasa de suicidios. De esta manera, detrás de cada producto que se consume, sea iPhones, Notebooks, Tablet, entre otros, están ocultos los sufrimientos de miles de personas que viven hacinados en condiciones infrahumanas. Indicó que se trabaja en condiciones muy duras, con turnos extensos con una cantidad excesiva de horas extras, en algunos casos siete días a la semana y de pie durante largos períodos, lo que genera que sus piernas se hinchen hasta no poder caminar²⁹.

En nuestro país, la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), en numerosos procedimientos realizados en diferentes provincias, constató trabajadores en negro, donde el factor común eran las condiciones infrahumanas del lugar en donde desempeñaban sus labores. A modo de ejemplo mencionamos: condiciones de extrema precariedad, salubridad e higiene, ausencia de agua potable, ambientes hacinados e infectados de todo tipo de insectos y alimañas, sin provisión de los alimentos necesarios para la subsistencia, lo que lleva a la desnutrición de las personas provocándoles graves consecuencias en su salud. Así como también se debe incluir, en algunos casos, el maltrato físico y psicológico.

²⁸ "Los países árabes, espejo de maltrato laboral". Publicado el 03/10/2012, <http://www.unitedexplanations.org/2012/10/03/trabajo-domestico-la-vanguardia-en-esclavitud-laboral-femenina/>.

²⁹ "La Explotación Laboral China detrás de EEUU. El trabajo esclavo en China salpica de lodo a prestigiosas firmas como Apple, Nokia, Dell, Motorola, Sony". Publicado el 22 de Febrero de 2012. <http://www.eltribuno.info/Salta/121785-La-explotacion-laboral-china-detras-de-EEUU-.note.aspx>.

Mencionaremos algunas de las actividades principales más importantes donde AFIP detectó trabajo forzoso: los talleres textiles del barrio porteño de Floresta, cuyos trabajadores y sus familias, de nacionalidad coreana y boliviana, viven y laboran en dichos talleres³⁰, siendo vigilados por cámaras de seguridad por sus empleadores.

Las condiciones detalladas anteriormente se repiten en la actividad yerbatera, en la provincia de Misiones³¹; en los cortaderos de ladrillos en Córdoba³², con jornadas laborales de 12 horas y a veces ayudados por menores de edad; en la actividad agropecuaria³³, en Morrison, provincia de Córdoba, en un tambo, cuyos trabajadores "tenían prohibido abandonar el predio sin autorización"; en la provincia de Salta³⁴, en fábrica de muebles, sus empleados permanecían encerrados durante la mañana y se los liberaba por la noche, además no contaban con puertas ni ventanas, impidiéndoles el acceso y la salida del establecimiento; en Mendoza³⁵, los trabajadores provenían de Tucumán y eran afectados a la cosecha de uva.

También cabe mencionar, un caso reciente, donde se encuentran involucrados funcionarios de migraciones y gendarmería³⁶, los cuales facilitaban el tráfico de chinos, para someter a los hombres al trabajo forzoso e ilegal, y en el caso de las mujeres para destinarlas a la explotación sexual.

No debemos pasar inadvertida la actividad desarrollada por las sectas, ya que su accionar provoca daños irreparables para las personas que se involucran con ellas. Un caso resonante en Buenos Aires³⁷, porque se dictó la prisión preventiva para la periodista Estefanía Heit y a su marido, Jesús Olivera, por reducción a la servidumbre a una mujer en su casa de Coronel Suárez y consideró que la víctima Sonia Marisol Molina estuvo privada ilegítimamente de la libertad ya que fue sometida a "técnicas de

³⁰ Diario La Voz 19/10/2011.

³¹ Diario La Voz 09/02/2011.

³² Diario La Voz 14/03/2011.

³³ Diario La Voz 26/06/2012.

³⁴ Diario La Voz 06/01/2012.

³⁵ Agencia Télam 08/05/2012.

³⁶ Diario El País Montevideo, Uruguay Publicado el día 19/12/2012.

³⁷ <http://diagonales.infonews.com/nota-192187-Un-dictamen-judicial-historico-para-combatir-el-accionar-de-las-sectas.html>. Fecha 26.12.2012.

manipulación mental” dentro del marco de un presunto grupo religioso. La víctima fue sometida a situaciones de maltrato físico y psicológico, ayunos continuos y abusos sexuales. La extensa resolución abre por primera vez en la Argentina la posibilidad de que se juzguen a los líderes de sectas por la utilización de esas técnicas y no sólo por estafas o abuso sexual, como en general ha sucedido en nuestro país.

3- Dominica Potestas y su ilicitud en el mundo actual. Situación de cuasi esclavitud en Latinoamérica

Cabe dedicarnos a ver especialmente la situación en Centroamérica y en Latinoamérica en cuanto a situaciones asimiladas a la esclavitud moderna ya que se trata de pueblos con un alto número de niños y jóvenes que son explotados con diferentes fines.

En la ciudad de México³⁸, las personas pertenecientes a la secta Defensores de Cristo fueron acusadas por abuso sexual de menores de edad y mujeres, además de tráfico de órganos. Para someter las sectas no amenazan, sino que utilizan la “persuasión coercitiva”, una especie de “chantaje” muy elaborado mediante el cual consiguen la sumisión total. Es prácticamente un “lavado de cerebro”, por el cual se “pierde la voluntad

³⁸<http://www.zocalo.com.mx/seccion/articulo/traficaban-con-organos-mujeres-y-sexo-1359623455>. Fecha 31/01/2013.

³⁹Aranda, D., Op. Cit., p. 70.

propia". En esta condición los seguidores no sólo entregan dinero al o los líderes de la secta, sino que además pueden aceptar "ser prostituidos, la poligamia o bien ser explotados sexualmente en diversas formas y esclavizados".

En relación a las comunidades indígenas hay situaciones de exclusión que colocan a estas pequeñas comunidades en una situación de disminución extrema, de exclusión social, de imposibilidad al acceso laboral, es decir, convirtiéndolos en verdaderos objetos para lograr determinados objetivos políticos y sin lograr un trato igualitario en relación al resto de la población. Así el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni al referirse a la situación de los pueblos indígenas nos señala:

"... El genocidio indígena actual está invisibilizado por una cuestión de clase y etnia. El genocidio de los pueblos originarios no lo practicó solo el colonizador, se viene practicando desde la emancipación, con múltiples tratados que se violaron con jefes indígenas, que el Estado no respetó, todo eso amerita un reclamo de reparación interna. Nadie puede revertir lo que sucedió. Lo que podemos modificar en el plano interno es la propagación de ese genocidio, se puede y se debe compensar hoy a quienes están sufriendo las consecuencias del genocidio pasado. Ese es un reclamo legítimo y es necesaria la reparación"³⁹

Siempre se indica que debe existir con relación a los pueblos originarios una reparación, más esta no debe ser simbólica, debe darse una reparación económica, material que constituye un imperativo de justicia. Ante las omisiones de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, el Poder Judicial está obligado a dictaminar sobre la cuestión y que se hagan efectivas. No se les reconoce la posibilidad de acceso a la tierra, es decir a su espacio físico en el cual se desarrolla un estilo de vida propio que los identifica como pueblo originario diferente a otro. Habitualmente el Estado establece divisiones contranatura. Divisiones que dan origen a un sin número de atropellos y violaciones a los derechos de estos pueblos y que los condenan a una vida

sin identidad, anulando parte de su voluntad, en definitiva sometiéndolos a estilos de vida no acordes a sus criterios o creencias y convirtiéndolos en cuasi esclavos de las sociedades "**Regularmente constituidas**".

Así recientemente, en el caso de Argentina se han conocido numerosos conflictos con relación al territorio indígena.

Señala Darío Aranda la existencia de 397 casos relevados de conflictos territoriales, en doce provincias- Salta, Jujuy, Santiago del Estero, Misiones, Chaco, Neuquén, Río Negro, Chubut, Mendoza, La Pampa, Formosa y Buenos Aires- e involucrando 8.653.490 hectáreas que constituyen tan solo un piso, ya que, en 83 casos no se ha podido determinar la cantidad de hectáreas afectadas. Es más, de acuerdo con testimonios de las comunidades indígenas y abogados especializados en la materia, los casos existentes duplican la cantidad de denuncias que llegan a medios de comunicación y juzgados. "De agregarse los de las provincias con alta presencia indígena (como Santa Fe y Tucumán), los datos serían de otra envergadura, que crecerían de forma exponencial al sumarse los conflictos campesinos (muchos de ellos con ascendencia indígena), de Córdoba, San Luis, La Rioja, Formosa y Corrientes"⁴⁰.

Existen contraposiciones evidentes de intereses entre los pueblos indígenas y las compañías mineras, sojeras, plantas de celulosa, madereras, que son los principales actores en conflicto. El modelo extractivo y sus consecuencias chocan de plano con la cosmovisión indígena. Estos conflictos no pueden solucionarse con coacciones que se ejercen sobre esas comunidades ni con grupos parapoliciales y /o sicarios que actuando en la clandestinidad tratan de someterlos y obtener su consentimiento para todas estas actividades. La situación de algunos pueblos indígenas del territorio latinoamericano está casi igualada a aquellos que están sufriendo situaciones de cuasi esclavitud para fines sexuales, para trabajo ilegal, para plantaciones manejadas por el narcotráfico, etc.

⁴⁰ Aranda, D., Op. Cit., p. 29-34.

México es en la actualidad un país de origen, tránsito y recepción de migrantes. Por sus fronteras entran y salen anualmente millones de personas, como turistas, visitantes locales o trabajadores temporales. Además de estos flujos en las últimas décadas ha cobrado especial importancia el tránsito por el territorio mexicano de miles de migrantes irregulares que se dirigen hacia Estados Unidos procedentes en lo fundamental de Centroamérica y en menor medida de otros países, mismos que se suman al flujo de cientos de miles de emigrantes mexicanos indocumentados que intentan cruzar la frontera con Estados Unidos. También se identifican miles de migrantes internos y potenciales. Esta situación ha contribuido a aumentar la vulnerabilidad de millares de personas, sobre todo mujeres, niñas, niños y adolescentes, así como a exponerlas a ser víctimas de la trata de personas, principalmente con fines de explotación sexual y laboral. La trata de personas es un delito con terribles consecuencias, considerado como una modalidad contemporánea de esclavitud y como una forma extrema de violencia contra mujeres y niños que viola sus derechos humanos fundamentales⁴¹. Actualmente México ha elaborado un informe en el que detalla la trata de personas de mujeres y niños e indica cuales son los fines y /o modalidades que se utilizan para el sometimiento:

- Trata de mujeres para el mercado matrimonial, entre países asiáticos o desde Latinoamérica, Asia y África hacia Europa, Japón y los Estados Unidos.
- Caravanas de mujeres movilizadas en contra de su voluntad o bajo condición de trata e instaladas en las cercanías de bases militares para entretenimiento y uso sexual de oficiales y soldados.
- Mujeres en condición de trata explotadas como mano de obra barata y que trabajan sin ninguna protección laboral en sectores específicos como el empleo doméstico o la industria sexual.
- Mujeres ofrecidas como esclavas en sitios de Internet, donde se les promociona explicando su capacidad y resistencia al dolor, a la tortura y todo lo que puede hacerse con ellas.

⁴¹ www.oas.org/atip/Reports/Trata.Aspectos.Basicos.pdf

- Miles de mujeres atraídas por un supuesto contrato de trabajo rentable y que terminan destinadas a burdeles o clubes nocturnos de diferentes lugares del mundo.
- Mujeres y niñas provenientes de áreas rurales que son vendidas y coaccionadas para llenar la demanda de turismo sexual.
- Anuncios y promociones turísticos sobre mujeres y niñas exóticas a las que se puede acceder fácilmente en un vuelo charter con todo incluido.⁴²

Se indica en el trabajo precitado que esta situación aunada a la creciente demanda de mano de obra de bajo costo en los países de destino, vacíos legales en los mismos y falta de una visión integral para combatirlo han hecho de la trata de personas uno de los tres negocios más rentables del crimen organizado después del tráfico de armas y de drogas.

En la actualidad la Organización Internacional del Trabajo (OIT) indica que el total estimado de personas sometidas al trabajo forzado como consecuencia de la trata es de 2.450.000 y alrededor del 56 % de las víctimas son con fines de explotación económica laboral y son mujeres y niñas y el 44 % restante son hombres y niños.

En América Latina y el Caribe, si bien hay una dimensión importante a nivel interno también responde a una amplia demanda a nivel internacional. Los centros de reclutamiento más activos están ubicados en Brasil, Colombia, República Dominicana, Surinam y las Antillas y más recientemente México, Argentina, Ecuador y Perú. Se estima que anualmente cerca de 100.000 mujeres y adolescentes provenientes de estos países son conducidas con engaños y falsas promesas de trabajo a Estados Unidos, España, Holanda, Alemania, Bélgica, Israel, Japón y otros países asiáticos, aunque se han agregado otras modalidades más avanzadas pues se ha utilizado la figura de adopción de mujeres y niñas, especialmente en Perú para trasladarla a países como Holanda, donde son sometidos a trabajos abusivos o explotación sexual.

⁴² Chiarotti, Susana, "La trata de mujeres: sus conexiones y desconexiones con la migración y los derechos humanos". Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2003.

Datos y cifras sobre la Trata en América Latina y el Caribe

- Cada año, 50,000 mujeres, niñas y niños son víctima de la trata en Estados Unidos.

(Agencia Central de Inteligencia de los Estados Unidos CIA).

- Cada año 35,000 mujeres colombianas son víctimas de trata (INTERPOL).

- Entre 50,000 y 70,000 mujeres originarias de República Dominicana trabajan fuera de su país en la prostitución. 75,000 son procedentes de Brasil.

- En 2002, más de 2000 niñas y niños centroamericanos, en su mayoría migrantes, fueron encontrados en prostíbulos de Guatemala.

- En Brasil, cerca de 500,000 niñas, muchas de ellas víctimas de trata, se dedican a la prostitución. Muchas de ellas también son llevadas a las minas de oro de la Amazonia.

- Cada año entre 1000 y 1500 bebés, niñas y niños guatemaltecos son víctima de trata para falsas adopciones en Europa y Estados Unidos (UNICEF).

- En San José, Costa Rica hay unas 2000 niñas que trabajan en la prostitución, muchas de ellas migrantes (Casa Alianza).

- Adolescentes colombianas, dominicanas y filipinas han sido llevadas a Costa Rica víctimas de la trata para ser prostituidas en destinos conocidos como de turismo sexual⁴³.

La Comisión Interamericana ha expresado su preocupación por el incumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados que deviene en la continuidad de situaciones de explotación y de sometimiento de los niños a las peores formas de trabajo infantil. Así, por ejemplo en su Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala, la CIDH subrayó que "la fuerza laboral consiste en 4 millones de personas, con un adicional de medio millón de niños entre los 7 y 14 años que se encuentran empleados. El trabajo infantil casi no tiene control social o legal,

⁴³ <http://www.oas.org/atip/Reports/Trata.Aspectos.Basicos.pdf>

afectando en mayor medida a la población rural e indígena, que percibe baja o ninguna remuneración ⁴⁴ y del total de niños que realizan trabajo doméstico 65% son niñas indígenas que son enviadas por sus padres como medio de sobrevivencia.

La responsabilidad del Estado por la falta de adopción de medidas frente a la explotación laboral de la que son víctimas los niños indígenas les deniega a su vez el derecho a gozar de una vida digna. En esta línea, la obligación de protección del Estado para los niños indígenas que trabajan comienza asegurando su derecho a una alimentación adecuada, el acceso a agua limpia y atención de salud y acceso a la educación. Complementariamente el Estado debe adoptar medidas que respondan a cada una de las características del trabajo infantil indígena.

Por ejemplo, es claro que hay una relación entre trabajo y nivel de instrucción, en muchos casos hay una incidencia negativa en el nivel de instrucción. Adicionalmente, los niños indígenas que trabajan en general se ubican en el sector primario, es decir, agricultura, caza, pesca. Es muy común el trabajo doméstico no remunerado y las condiciones de pobreza son generalizadas como condicionante del trabajo infantil.⁴⁵

En Perú, el trabajo elaborado por los antropólogos Eduardo Bedoya Garland y su hijo Álvaro Bedoya Silva-Santisteban indican que: El trabajo forzoso es muy intenso en la zona de la Amazonía. Básicamente, es un sistema que funciona con tres modalidades. El de la habilitación y enganche es el más común. En este, se adelanta dinero a trabajadores, a las comunidades indígenas, para reclutarlos para que corten madera y se la entreguen a los patrones enganchadores. Así también se saldan deudas pendientes Una segunda modalidad se presenta en los campamentos madereros, donde la víctima principal no es la población indígena, sino la mestiza. Estos campamentos madereros son muy aislados, son muy cerrados y fundamentalmente se trata de campamentos ilegales. La tala ilegal es una forma muy importante de obtener madera en el Perú. La madera se exporta ilegalmente por las zonas fronterizas al Brasil y alguna

⁴⁴ CIDH, Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Guatemala, párrafo 349.

⁴⁵ white.oit.org.pe/ipec/documentos/conferenciamagistral_elapig.pdf

es llevada de forma ilegal a Lima. En estos campamentos madereros trabajan personas endeudadas libres de entrar y salir, pero también hay gente que no puede salir de los campamentos, pues en algunos casos los patrones están armados. Y una tercera modalidad, que es la más perversa y que afortunadamente se produce en mucho menor escala, involucra a grupos de madereros ilegales, usualmente narcotraficantes, que capturan indígenas, familias enteras, y los obligan a extraer madera. Luego de un año, cuando esta familia indígena está cansada y reclama su salida, el patrón maderero ve que no la puede retener, así que obliga al jefe de familia a buscar otros grupos indígenas para ser capturados. Una vez que ese grupo indígena es capturado, se deja salir al primer grupo. Esto es una reproducción de antiguas correrías de grupos indígenas que ocurrían a finales del siglo XIX o principios del siglo XX, con el apogeo del caucho. Esta es una modalidad terriblemente perversa.

En Bolivia, también hay problemas muy serios de trabajo forzoso. Fundamentalmente ocurre en la cosecha de la castaña, la llamada nuez del Brasil. Esta práctica involucra a miles de personas que entran a trabajar con adelantos y los pagan con bajísimos jornales o salarios; usualmente, muchos de ellos terminan endeudados y son obligados a estar en las barracas castañeras hasta el final de la zafra (cosecha), para terminar de pagar las deudas o son obligados a regresar el año siguiente. Quizás el caso más flagrante de violación de derechos humanos en América Latina ocurre con las comunidades guaraníes cautivas al interior de haciendas en el chaco boliviano: se trata de cinco o siete mil personas que viven en condiciones de semifeudalidad.

Si los trabajadores no cumplen con su tarea, reciben latigazos. Si bien esto no es generalizado, existe y está comprobado con videos que sí ocurre. Los trabajadores se dirigen al hacendado como "papi" o "mami", muchos de estos indígenas tienen el apellido de los patrones. En estas haciendas se reproduce una situación que pensábamos desaparecida.

Así también La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) reveló que en el país existen aproximadamente a 600 familias, conocidas como "comunidades cautivas", situación que representa indudablemente

una forma contemporánea de esclavitud que debe ser erradicada de manera inmediata. En el informe, la Comisión reconoce los esfuerzos realizados por el Estado boliviano frente a esta grave situación pero alerta que aún existen comunidades cautivas, cuyos miembros se encuentran sometidos a trabajos forzosos por deudas supuestamente contraídas, y la mayoría de las veces, no reciben un salario por su trabajo manera inmediata. La Comisión deplora estas prácticas violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de los cuales Bolivia es parte. Observa que la situación de servidumbre y trabajo forzoso en la que viven las comunidades cautivas es una manifestación extrema de la discriminación que históricamente han sufrido y continúan sufriendo los pueblos indígenas en Bolivia. El informe recomienda colaborar con el Estado boliviano en sus esfuerzos tendientes a erradicar estas formas contemporáneas de esclavitud y para garantizar y proteger los derechos humanos del pueblo indígena guaraní, en especial, su propiedad colectiva, su derecho a acceder a la justicia y a tener una vida digna.

En el caso de Honduras, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Panamá y República Dominicana se han comprometido a erradicar el trabajo infantil con una acción conjunta de estos países, redoblando sus esfuerzos a fin de emitir este flagelo que afecta a dos millones de niños en la región.

En Brasil se han detectado distintas explotaciones laborales ya que ciertos trabajadores son sometidos a trabajar 14 horas por día en promedio en ambientes degradantes con cables de energía expuestos, excesivo calor, hacinamiento, sumándole que se les exigía vivir en el piso superior del lugar en condiciones de higiene precarias.

En este caso, el Ministerio de Trabajo de ese país aplicó 52 sanciones y multas por irregularidades laborales y se refirió a "mano de obra esclava".

Con relación a Paraguay muchas de las comunidades indígenas no tienen tierras, y son obligadas a vivir en pequeñas parcelas de tierras áridas y adyacentes a carreteras y caminos. Muchos no tienen cómo subsistir de la agricultura, y trabajan en las estancias aledañas a sus hogares donde son explotados y padecen por deudas. La remuneración de algunos indígenas es

en ocasiones más de cinco veces menor a la de trabajadores que no lo son, en algunas ocasiones no se les paga. La explotación de los indígenas no sólo ocurre en el campo. En zonas urbanas, en la ciudad de Filadelfia liderada por una comunidad menonita los indígenas están segregados, tienen poco acceso a amenidades, a sistemas de irrigación, electricidad y agua potable. Sin embargo, la explotación de trabajadores indígenas en Paraguay ocurre en pocas haciendas y generalmente estas haciendas están en lugares remotos, alejadas de centros urbanos. La Asociación de Hacendados de Paraguay denunció la práctica de forma oficial. Es muy importante que se reconozca este progreso.⁴⁶

Así se han efectuado numerosas denuncias por trata de personas ocurridas en Panamá, según una investigación llevada a cabo por un periodista colombiano señala que aunque no hay cifras exactas de cuantas mujeres colombianas se dedican a la prostitución en Panamá, entre 2005 y 2011 el 86 % de las víctimas de trata de personas en Panamá eran de nacionalidad colombiana, seguida por las rusas 7 %, y las naciones de Republica Dominicana, Venezuela, Nicaragua y Costa Rica. Se argumenta en la investigación que el motivo por el cual hay facilidad para esta práctica en Panamá radica en lo simple que resulta a los habitantes de Colombia ingresar al país (no necesitan visa) y a la vez porque la prostitución en Panamá es una actividad legal favoreciendo una actividad que es el turismo sexual.⁴⁷

Este muestreo nos señala que las personas explotadas son utilizadas con fines diferentes a saber⁴⁸, como por ejemplo en la explotación sexual se manifiesta por la prostitución forzada, pornografía, pedofilia, turismo sexual, entre otros; en la explotación laboral doméstica, en fábricas, trabajos agrícolas y talleres en general; aprovechándose en otros aspectos como en la mendicidad, venta de órganos, embarazos forzados con fines de adopción. Especialmente afecta a países poco desarrollados cuyos

⁴⁶ news.bbc.co.uk/hi/spanish/specials/newsid.../4537895.stm

⁴⁷ <http://www.prensa.com/impreso/panorama/denuncian-panama-15-veces-por-trata-de-personas/169931>

⁴⁸ http://www.unicef.org/lac/Informacion_basica.pdf

habitantes ven como alternativa de salida de sustitución económica atravesar las fronteras de su país.

CONCLUSIÓN

Una vez delineado el poder de la Dominica Potestas en Roma, y la consecuencia que trajo aparejado en ella, nos demuestra que la esclavitud es la contracara de ella, siendo ejercitada en la antigüedad como una necesidad fundamental de promover el desarrollo de la agricultura, la ganadería, la obra pública, la manufactura, ya que no era aceptable el trabajo manual sino el servil. A la vez debemos indicar que fue una solución para evitar que las guerras sean cruentas y finalicen con la vida del enemigo, por ello se sostenía que era un avance en el concepto cultural del enemigo. Esta concepción fue la que permitió su desarrollo como institución, con distintas aristas, pero siempre regulada por el amo y la ley; si bien hubo actividades ilegales con el tráfico de esclavos o actividades no permitidas a las cuales eran sometidos y castigadas. Con la evolución de la sociedad, el concepto del hombre cambia, generándose el repudio a la idea del servilismo o esclavitud, el que domina o ejerce una potestad de esta naturaleza sobre otro hombre, es despreciado por la comunidad, lográndose de este modo incluirse en la mayoría de las legislaciones mundiales como actividad ilícita, obteniendo como resultado el rechazo absoluto de quienes desarrollen dicha operación criminal.

Como se mencionó en el presente trabajo, la trata de personas constituye un grave delito contra la dignidad humana, cuyo origen es de vieja data, que agravia a la persona humana, provocándole gravísimas secuelas tanto físicas como psicológicas, cuyos perjuicios resultan la mayoría de los casos irreparables.

La trata de personas es un delito penalizado por todos los Estados, y éstos deben adoptar políticas serias a fin de combatirlo con madurez y responsabilidad,

En la actualidad es considerada como la esclavitud del siglo XXI, y ello se debe a la quietud de los Estados, ya que dicho negocio, según informes de organizaciones internacionales, la trata de personas representa el segundo lugar en las actividades lucrativas ilegales en el mundo, después del tráfico de drogas y armas.

Debemos concluir la presente investigación, mencionando lo expresado por nuestro primer Papa Argentino Francisco, Jorge Bergoglio, en su primera Eucaristía Pascual, manifestó que: “*el narcotráfico y la trata de personas, son las esclavitudes más extendida en este siglo XXI*”, y siendo arzobispo de Buenos Aires, en el año 2011, durante una celebración en homenaje al quinto aniversario del incendio del Taller Textil de la calle Viale, que causó la muerte de una mujer y cinco niños, expresó que lo que nos enseñaron en el colegio de la Asamblea del año XIII que abolía la esclavitud, fueron **cuentos chinos**, porque en esta ciudad de Buenos Aires tan vanidosa, tan orgullosa, sigue habiendo esclavos, **sigue habiendo esclavitud**.

Por lo tanto, Señores Profesores, rompamos entre todos estas cadenas, eslabón por eslabón para poder reconstruir un reino de mayor humanidad y dignidad para todos los hombres de buena voluntad que deseen habitar el mundo ¡Viva la Esperanza, Viva la Libertad!

BIBLIOGRAFÍA

ALLARD, Pablo, 1946: *Los Cristianos en la Esclavitud del Imperio Romano*.

Difusión S.A. Buenos Aires. Argentina.

ASSORIATI, M., 2008: “La obligación del Estado argentino de reparar a las víctimas de la trata de personas”. I Congreso Latinoamericano sobre Trata y

Tráfico de Personas. Buenos Aires. Argentina.

BASSIOUNI, M. Cherif, 1991: “*Enslavement as an International Crime*”.

International Law and Politic, Vol. 23. Issue 2. New. York. E.E.U.U.

BAUQUE, Diego, 2013: "Denuncian a Panamá 15 veces por trata de personas" Programa Séptimo Día-Cadena Colombiana Noticias Caracol. Colombia.

BEDOYA GARLAND, Eduardo; BEDOYA, Silva; SANTISTEBAN, Álvaro, 2003. "Trabajo forzoso en América Latina". BBC Mundo.

BONFANTE, Pietro, 1944: "Historia del derecho Romano". Revista de Derecho Privado. Madrid. España.

DIAZ BIALET, Agustín: 1949-1952. "El Derecho Romano en la obra de Vélez Sarsfield" Imprenta de la Universidad. Córdoba. Argentina.

DI PIETRO, Alfredo, 1996: *Derecho Privado Romano*. Ed. De Palma. Buenos Aires. Argentina.

DI PIETRO, Alfredo, 1997: *Instituta-Gayo*. Texto traducido. Notas e Introducción. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina.

EZETA, Fernanda, 2006: "La trata de personas" Instituto Nacional de las Mujeres Alfonso Esparza Oteo No. 119. Col. Guadalupe Inn C.P. 01020. México. D.F.

FRIEDLAENDERLM, 1946: *La Sociedad Romana*. T.I. Fondo de Cultura Económica. México.

GHIRARDI, J. A. y ALBA CRESPO, J. A, 2000. *Manual de Derecho Romano*. Ediciones Eudecor. Argentina.

GRIMAL, Pierre, 2007: *La Civilización Romana: Vida, costumbres, leyes y artes*. Edición Paidós Ibérica. España.

KUNKEL, Wolfgang, 1991: *Historia del Derecho Romano*. ed. Ariel. Barcelona. España.

MOMMSEN, Theodor, 1945: *Historia de Roma*. Aguilar. Quinta Edición. Tomo I al V. ed. Alfa. La Habana. Cuba.

PEÑA GUZMÁN, Luis A. y ARGUELLO, Luis R., 1966. *Derecho Romano*. Ed. T.E.A. España.

PETIT, Eugene, 1993: *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Ed. Porrúa. S. A. México.

PINHEIRO, Paulo Sergio, 2010: Conferencia Magistral Encuentro Latinoamericano. "Hacia una protección efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescente indígenas en situación de trabajo infantil por abolir. De la Declaración a la acción". Cartagena de Indias, Colombia.

PONSSA de la VEGA de MIGUENS, N. 1970: *Reglas de Ulpiano*. Ediciones Lerner. Buenos Aires. Argentina.

SACO, José Antonio, 1937: "Historia de la Esclavitud. Desde los tiempos más remotos hasta nuestros días". T.I al T.VI. Ed. Alfa. Habana. Cuba.

SOMMER, Christian G, 2012: "La responsabilidad Internacional del Estado en la lucha contrala Trata de Personas". Ciencia, Derecho y Sociedad.

Publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Advocatus. Córdoba. Argentina.

Cita de este artículo:

MICIELI, L. (2013) "La Dominica Potestas en Roma y su proyección actual" *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Noviembre de 2013, Año 3, Vol. 2. pp. 29-69. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE LA RIOJA, ORIGEN Y EVOLUCIÓN INSTITUCIONAL

Juan Noriega

Abogado, Especialista, Magíster y
Docente Investigador.
Profesor de la Universidad Nacional de La Rioja
en la Cátedra de Derecho Público Provincial y
Municipal, de Criminología General, de
Seminario de Trabajo Final y Trabajo Final.

Palabras claves:

*Constitución,
instituciones, provincias,
organización.*

Key words:

*Constitution, institutions,
provinces, organization*

Resumen

La evolución constituye un desarrollo de dinámica constante en la vida de los pueblos, que surge del espíritu creativo del ser humano, de su cultura y su voluntad de realizar, organizando las instituciones y las formas de gestionar sus intereses, de modo que le posibiliten encontrar el camino de su realización. Ante esta necesidad natural del ser humano, la realidad es historia que fluye y la historia se convierte en progreso del contexto sociocultural, que en este estudio tratamos de conocer, a través de los antecedentes que fueron transformando el acontecer organizacional de La Rioja, en el ámbito institucional.

Abstract

Evolution is a constant dynamic development in the life of peoples, which arises from the human creative spirit, their culture and their willingness to make organizing institutions and ways of managing their interests, so that we enable to find the way of its realization. In this natural human need, the reality is history and history flowing becomes sociocultural progress, in this study we try to know through history that were transforming the organizational events of La Rioja, in the institutional level.

Introducción

La denominada Asamblea del año XIII, que en realidad su título original era Asamblea General Constituyente, fue instituida por el Segundo Triunvirato, el 31 de Enero de 1813, con dos objetivos fundamentales: Declarar la Independencia y Sancionar una Carta Constitucional.

Este órgano constituyente que tuvo vigencia activa durante dos años (desde su sesión inaugural el 31/01/1813 hasta su última sesión el 23/01/1815), aunque su disolución oficial se produjo el 15/04/1815, con el derrocamiento del Director Supremo, Carlos María de Alvear, a raíz de la rebelión de Fontezuelas (15/04/1815).

Disuelta la Asamblea del Año XIII, como consecuencia de la destitución Alvear, el Cabildo asumió el gobierno, tomando como medida principal, la instauración de la Junta de Observación, y la designación del nuevo Director Supremo (José Rondeau), aunque fue Álvarez Tomas quien ejerció el poder.

La Junta de Observación, órgano con facultad legislativa, integrada por 12 miembros, sancionó el "Estatuto Provisional para la Dirección y Administración del Estado", cuerpo normativo de esencial importancia que puede ser considerado una verdadera constitución democrática y republicana, por su contenido institucional.

De lo expresado hasta aquí, nuestra exposición no pretende ser un análisis de historia de los acontecimientos, ni un revisionismo de nuestro pasado institucional, sino, que solo traemos datos referenciales de los hechos, en tanto que aportan sustento teórico a nuestro trabajo, sobre el tema en cuestión.

Descripción del tema

Las catorce provincias, denominadas "Provincias Unidas del Río de la Plata", en 1819-1820, tomaron la decisión de declarar su autonomía, sancionando un Estatuto, Reglamento o Constitución y designar sus propias autoridades; dentro de este contexto, también lo hizo la provincia de La Rioja, para la administración de su jurisdicción.

Los motivos que se imponían en ese momento histórico estaban originados en la guerra civil entre unitarios y federales, por la disputa de organizar el país en base a una de estas formas de Estado, generándose así, la caída del gobierno directorial (Gobierno Nacional), y con ello, que cada provincia se independizara del poder nacional.

El acontecimiento armado entre el ejército del gobernador de Entre Ríos, Francisco Ramírez, y del gobernador de Santa Fe, Estanislao López, los que derrotaron al ejército del Directorio en la Batalla de Cepeda, el 01/02/1820, puso fin a las aspiraciones unitarias de imponer un poder y un gobierno central, que convierta a las provincias en meras administraciones.

Esta somera descripción nos conduce a un interrogante, fundamental, ¿se trató solo de una declaración formal, o significó para La Rioja, la formulación de un Estatuto que reglamentaba las instituciones del Estado provincial y sus funciones de administración, en 1820?

En el mismo sentido, también nos preguntamos, ¿Todas las provincias declararon su autonomía y sancionaron su Constitución?

En el transcurso del desarrollo del tema trataremos de responder a estas preguntas que nos ocupan en esta oportunidad, tomando como punto de partida los supuestos que nos conducirán a profundizar esta temática que nos proponemos conocer, en estos términos:

La Declaración de autonomía de la provincia de La Rioja consistió solo en una manifestación formal efectuada por el Cabildo Abierto de la ciudad capital, lo que no significó la formulación de un Estatuto o Constitución, para la gestión y la administración del poder provincial.

I)- El Estatuto Provisorio de 1815

Consideraciones generales

El Estatuto Provisorio de 1815, es un complejo cuerpo normativo, que reúne críticas y elogios, en razón del momento histórico en fue sancionado (05/05/1815), en que la necesidad política inmediata que se atravesaba, se centraba en la declaración de la independencia y la conformación de la organización institucional.

Críticas, desde el punto de vista que se trataba de una copia deficiente de proyectos y reglamentos anteriores; y elogios, con motivo de que consolidaba la idea republicana, sustentada en los principio de división de poderes, que expresaban las normas del Reglamento de 1811, para la seguridad de la población.

No obstante esta mirada dicotómica, el Estatuto Provisional, sostenía un sesgo centralista, pero mantenía una idea fundamental en la historia institucional de la organización nacional, por el contenido de las definiciones sobre derechos ciudadanos, y autonomías provinciales, con lo que -dice Haro¹- "se insinúa una tendencia federal".

El Estatuto Provisional era de importancia fundamental en el contexto de las provincias, en materia de organización y funciones de la administración.

¹ Haro Ricardo, y otros, 1979, *Manual de Derecho Constitucional*, tomo 1, 2ª edición actualizada, página 74.

estatal, pero, aun con esta motivación, el plexo normativo fue aceptado por Córdoba, Cuyo, Salta, a fines de la representación al Congreso de Tucumán y de manera parcial por Tucumán.

Estructura del reglamento

El Estatuto Provisional sancionado el 05/05/1815 por la Junta Conservadora, bajo el título de "Estatuto Provisional para la Dirección y Administración del Estado", se sustentaba en la estructura de un extenso Preámbulo crítico explicativo, más que una exposición introductoria del contenido de las normas a establecer.

Respecto de la formulación de la sistemática del Estatuto, se conforma en base a siete (7) Secciones; catorce (14) Capítulos, que se subdividen en artículos con una numeración ordinal que comienza y finaliza en cada capítulo, de lo que podemos destacar los aspectos normativos que exponemos a continuación:

1)- De los derechos de los habitantes:

En esta Sección primera que sitúa al hombre en el marco del contexto social, el capítulo I², se refiere a los derechos de los habitantes respecto a "la vida, la honra, la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad".

2)- Del derecho de los ciudadanos:

A su vez, en esta Sección Primera, el Capítulo IV³: determina las "prerrogativas del ciudadano" respecto a los derechos políticos, activo y pasivo, conforme sea regulado por las normas reglamentarias del Estatuto Provisional.

² "Sección primera: del hombre en la sociedad: Capítulo I: De los derechos que competen a todos los habitantes del estado. Artículo I: los derechos de los habitantes del estado son, la vida, la honra, la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad".

³ -"Capítulo IV: prerrogativas del ciudadano. Artículo I: cada ciudadano es miembro de la soberanía del pueblo. II: en esta virtud tiene voto activo y pasivo en los casos y forma que designa este reglamento provisional".

3)- División de poderes:

En la Sección Segunda el estatuto se refiere al "Poder Legislativo en un capítulo y artículo único⁴: "El poder legislativo reside en los pueblos originariamente"; hasta que las provincias se reúnan en congreso general.

En la Sección Tercera el cuerpo normativo se refiere al Poder Ejecutivo, que en el Capítulo I⁵ define la "elección y facultades del Director del Estado", los requisitos del candidato, el ejercicio del poder y la jurisdicción.

En la Sección Quinta, Capítulo único⁶, el texto prescribe la forma de elección de funcionarios, siguiendo, al parecer, un orden jerárquico según el cargo a desempeñar y elegido por el voto mayoritario de la voluntad popular.

II)- Situación política en 1819 y 1820

Producida la Declaración de la Independencia por el Congreso General Constituyente, en Tucumán (09/07/1816), el Congreso se traslada a Buenos Aires, manteniendo su facultad legislativa, y designa una comisión Ad hoc a los fines que redacte un proyecto de constitución de "carácter nacional".

Concluida la propuesta, el Congreso aprobó el proyecto de constitución con evidente ideología centralista y unitaria como forma de Estado, aun

⁴ "Sección segunda: del poder legislativo. Capítulo y artículo único: El poder legislativo reside en los pueblos originariamente; hasta la determinación del congreso general de las provincias, la junta de observación sustituirá en vez de leyes, reglamentos provisionales en la forma que éste prescribe, para los objetos necesarios y urgentes".

⁵ "Sección tercera: del poder ejecutivo. Capítulo I: de la elección y facultades del director del estado

Artículo I: el director del estado ejercerá el poder ejecutivo en todo su territorio; su edad será la de treinta y cinco años cumplidos; su elección ya está verificada, según las circunstancias que han ocurrido en el presente tiempo; en lo sucesivo se practicará según el reglamento particular, que deberá formarse sobre el libre consentimiento de las provincias, y la más exacta conformidad a los derechos de todas".

⁶ "Sección quinta: de las elecciones particulares y forma de ella. Capítulo I: de las personas y empleados que deben ser elegidos popularmente. Artículo único: serán nombrados por elecciones populares y en la forma que prescribe este reglamento: 1° el director del estado; 2° los diputados representantes de las provincias para el congreso general; 3° los cabildos seculares de las ciudades y villas; 4° los gobernadores de provincia; 5° los individuos de la junta de observación, luego que hayan concluido su término los que actualmente la componen".

cuando en la forma de gobierno, se definía con una visión republicana, sustentada en la división de poderes, pero, dice Bustinza⁷, fue rechazada por los gobiernos del interior.

El movimiento de rechazo de la Constitución se extiende al interior no bien efectuada su promulgación; pues, las provincias no admitían su carácter unitario, de manera que el 09/06/1819, Martín Pueyrredón, Director Supremo, renunció al cargo y se designó Director Interino al general Rondeau (31/01/1819).

Batalla de Cepeda

La Batalla de Cepeda, o como suele llamársela también "Batalla del Minuto", ocurrió durante las guerras civiles argentinas, el 3 de febrero de 1820, y fue uno de los dos conflictos bélicos llevados a cabo en la cañada de Cepeda, provincia de Santa Fe, donde unitarios y federales disputaban cómo organizar el país.

La batalla enfrentó a estos bandos: el caudillo de Santa Fe, Estanislao López, y el de Entre Ríos, Francisco Ramírez, ambos federales y lugartenientes del general José Artigas, unieron sus fuerzas para derrocar al gobierno del Directorio, José Rondeau, con lo que se disuelve la figura del gobierno nacional.

Se inició así el período de decisiones políticas que afianzaba el principio federal de organización institucional, a través de la declaración de las autonomías provinciales que en forma sucesiva comenzaron a dictar su propio Estatuto, Reglamento o Constitución, desconociendo la autoridad de otra fuerza interna superior.

Declaración de la Autonomía de La Rioja Antecedentes

⁷ Bustinza, Juan Antonio, Historia 5, Instituciones políticas y sociales, Argentina y América, pagina 60.

Hacia 1819-1820, las Provincias Unidas del Río de la Plata, estaban divididas en tres intendencias, que agrupaban a distintas provincias y que por motivo de la crisis política de estos años, iniciaron un proceso de subdivisión en unidades políticas-territoriales autónomas, conformando así, cada Estado provincial.

Santa Fe y su Estatuto Provisional de 1819

Con el status de Estado independiente, la provincia de Santa Fe, en actuación del Cabildo, el 26/08/1819, sancionó su Estatuto Provisional, siendo gobernador Estanislao López; dicho Estatuto, basado en una estructura de nueve secciones y cincuenta y nueve artículos, expresa un sólido sostenimiento de la forma federal de organización.

Su contenido principal estaba expresado en las distintas secciones y reflejaba el ideario republicano y democrático, siguiendo a Hillar Puxeddu⁸, sobre el reconocimiento de los derechos individuales y políticos, la forma de Estado y la forma de gobierno del Estado provincial, como exponemos a continuación.

1)- Sección Segunda: "De la ciudadanía", Artículo 3 y 5;

2)- Sección Tercera: "De la Representación de la Provincia", Artículo 6, 7 y 8;

3)- Sección Cuarta: "Del gobierno", forma de elección, facultades, Artículo 19;

4)- Sección Quinta: "El Cabildo", reemplaza al gobernador en caso de ausencia, Artículo 32 y 33;

5)- Sección Sexta: "De la Administración de Justicia", Aquí hay un sesgo del sistema republicano por que la apelación de primera instancia debía realizarse ante el gobernador, cuestión esta, impropia dentro las

⁸ Hillar Puxeddu, Leo, De los orígenes toponímicos de símbolos e instituciones en la historia de Santa Fe.

atribuciones de un gobernador. Esto obedece, indudablemente, a que la tradición hispanoamericana institucional, facultaba al titular administrador, a tomar decisiones de carácter judicial.

6)- Sección Octava: "De la seguridad individual", se plasma aquí las garantías individuales, Artículo 46 al 56.

Este instrumento constitucional, brevemente analizado aquí, es merecedor de dos ponderaciones fundamentales: ser el primer estatuto de autonomía provincial, y además, la piedra angular de lo histórico-institucional que determinó que las demás provincias fundaran sus instituciones sobre la organización de un Estado Federal.

Córdoba: Autonomía y Reglamento de 1821

La Intendencia de Córdoba del Tucumán, estaba integrada por Córdoba, Mendoza, San Juan, San Luis y La Rioja; en 1814, el Director Supremo (Posadas), creó la Intendencia de Cuyo, conformada por Mendoza, San Juan y San Luis, quedando bajo dependencia de la Intendencia de Córdoba, solo la provincia de La Rioja.

En esta situación, conforme lo expone Bustinza⁹, la autoridad de Córdoba declaró su Autonomía Provincial, el 20/05/1820, y a modo de organismo consultivo, el 24/09/1820, la Asamblea Provincial se pronunció a favor de sancionar su propia constitución hecho ocurrido el 31/ 01/1821.

Respecto a este cuerpo normativo, Gentile¹⁰ considera que "La primera Constitución de la Provincia de Córdoba fue el Reglamento Provisional", en razón del contenido que le dio el legislador; por lo que a continuación pasamos a exponer los detalles más relevantes que se ordenaron en este instrumento legal.

Córdoba: Estatuto Provisional de 1821

⁹Bustinza, Juan A, op cit, pp 83.

¹⁰ Gentile, Jorge Horacio: La Primera Constitución de Córdoba: El Reglamento de 1821.

Habiendo declarado su Autonomía provincial (20/05/1820), la provincia de Córdoba, mediante Asamblea General, el 31/01/1821, sancionó su Estatuto Provisional (siendo gobernador Juan Bautista Bustos), con una estructura de ocho secciones y 31 capítulos, con sentido de adhesión a una organización de carácter federal.

El texto expresado en las distintas secciones, capítulos y artículos, daba cuenta de una concepción democrática y republicana, sustentada en la soberanía del pueblo, los derechos de los habitantes y los ciudadanos, como lo expone Gentile, y lo describimos en los párrafos que analizamos y sintetizamos a continuación.

1)- Sección Primera: Capítulo I: El texto aquí, está referido a los derechos que tiene la provincia, como entidad libre, independiente y soberana para sancionar su Ley Fundamental.

En esta misma sección, el Capítulo II, está destinado a proteger los derechos de las personas y de la sociedad, en cuanto a la vida, la honra, la igualdad.

2)- Sección Sexta: la normativa en esta sección está dirigida a describir la división de los poderes del Estado, de la siguiente manera:

a)- Poder Legislativo: se determina que este cuerpo colegiado estará conformado por los representantes elegidos en forma indirecta por asambleas primarias, con una duración de cuatro años en el cargo de representación.

b)- Poder Ejecutivo: se trata de una figura unipersonal que ejerce el poder soberano del pueblo elegido por el Congreso Provincial, por un periodo de mandato de cuatro años, pudiendo ser reelecto en una sola oportunidad.

c)- Poder Judicial: el texto refiere que este poder reside originariamente en el pueblo y es ejercido por el Poder Judicial hasta el momento en que se

sancione una constitución definitiva, que asegure la administración de justicia provincial.

En los dos Reglamentos o Estatutos analizados, (Santa Fe y Córdoba) las provincias se declaran autónomas, y disponiendo de su propia normativa determinan pautas fundamentales que hacen a la organización institucional y al desarrollo de la economía, la sociedad y la gestión pacífica de administración.

Podemos observar al analizar el contenido de los párrafos que refieren detalles de los artículos de las constituciones o reglamentos provisionales sancionados por la provincia Santa Fe y Córdoba, que tienen inspiración en el texto del Reglamento Provisorio de 1815, en su visión de la organización federal.

III)- La Rioja 1820: ¿Declaración o Reglamento?

Consideraciones preliminares

En 1782, el Rey de España Carlos III, mediante "*Real Ordenanza de Intendentes de Ejército y Provincia*", dividió el virreinato del Río de la Plata, en ocho intendencias de la siguiente manera: 1)- Cochabamba; 2)- Potosí; 3)- Praguay; 4)- Charcas; 5)- La Paz; 6)- Buenos Aires; 7)- Salta del Tucumán; 8)- Córdoba del Tucumán.

La antigua división territorial de la Intendencia de Córdoba del Tucumán estaba conformada por cinco provincias: Córdoba, Mendoza, San Luís, San Juan y La Rioja, con sede del intendente gobernador en la provincia de Córdoba, de la que dependían las otras cuatro provincias, respecto de su gestión y administración.

Después de la Revolución de Mayo (25/ 05/1810), la intendencia de Córdoba del Tucumán continuó vigente, pero, el proceso histórico que fue perfilando el acontecer político institucional de las Provincias Unidas, impulsó con mayor interés el ideal de autonomía subyacente en las provincias de la intendencia institucional.

Los acontecimientos históricos, por caso la disolución de la Asamblea del Año XIII (15/04/1815); la Declaración de la Independencia (09/07/1816); la Constitución de 1819 (22/04/1819); la Batalla de Cepeda (01/02/1820); fundaron también en las provincias, el derecho a reivindicar una organización federal.

La Autonomía de La Rioja Primera Declaración

En el contexto de una situación de inestabilidad política institucional a nivel nacional, y habiendo asumido como intendente gobernador de Córdoba, el Coronel José Javier Díaz, (04/06/1815) pronunció una proclama declarándose independiente de la influencia de Buenos Aires, en los asuntos de su gobierno provincial.

Esta situación, promovió el interés de las autoridades del gobierno de La Rioja, a declarar la autonomía de la provincia, de la dependencia de Córdoba, hecho que se llevó a cabo a través de un Cabildo Abierto (24/05/1815), designándose también, en ese acto, a Ramón Brizuela y Doria, como teniente gobernador.

La declaración de autonomía de La Rioja, no se logró consolidar, en razón de que en un corto tiempo, el intendente gobernador, Ambrosio Funes, sucesor del Coronel Javier Díaz, con la participación del Congreso General, tomó la decisión de reincorporar a La Rioja, (15/12/1817) al status de dependencia anterior.

Segunda Declaración

Ante la sublevación del general Bustos, un Cabildo Abierto en Córdoba nombró gobernador al Coronel Javier Díaz, (2º gobierno, 23/01 a 19/03/1820), que de forma inmediata proclamó la autonomía de la provincia, y convocó a elecciones, resultando electo el general Bustos, que asumió (19/03/1820), como gobernador.

Con la sublevación de una división del Ejército del Norte al mando del general Juan Bautista Bustos en Arequito (07/01/1820), por motivos de negarse a combatir contra el Ejército Federal dirigido por el general Artigas, Bustos regresó a Córdoba con sus tropas y fue designado por asamblea, teniente gobernador el 19/03/1820.

En esa época, desde Córdoba el oficial Francisco Villafañe, enviado de Ortiz de Ocampo, al mando de una fracción del ejército sublevado en Arequito, llega a La Rioja y destituye al gobernador Gregorio José González el 24/01/1820, y en Cabildo Abierto se designa interinamente, 26/01/1820, a Diego Barrenechea nuevo gobernador.

Posteriormente a este acontecimiento de carácter político institucional, el 01/03/1820, la autoridad local declaró la Autonomía de la Provincia y en Cabildo Abierto de los vecinos más influyentes de la sociedad local, se eligió al general Francisco Antonio Ortiz de Ocampo, intendente gobernador.

El derecho y las instituciones

Bien documentado está por Levaggi¹¹, que desde la revolución de Mayo (25/5/1810), coexistieron en las Provincias Unidas y la Confederación, dos vertientes normativas: el Derecho Indiano Criollo y el Derecho Patrio; el primero basado en una concepción virreinal absolutista y el segundo con una visión republicana liberal. Durante el virreinato la Administración de la Hacienda Pública estaba bajo la supremacía del virrey y su legislación, a lo que las ciudades-provincias debían obediencia, pues, el poder no residía en la soberanía del pueblo, hasta el Estatuto de 1815, que le confirió a las provincias el derecho de elegir su gobernador.

El nuevo sistema reflejaba caracteres del Iluminismo y el Racionalismo europeo, plasmados en el primer Reglamento de la Primera Junta de Gobierno, (25/05/1810); en el Reglamento del Año 15 y 17 y la Constitución de 1819, fuentes de cambios estas, que las provincias hicieron suyas en su Reglamento o Estatuto local.

¹¹ Levaggi, Abelardo, (1987), Manual de Historia del Derecho Argentino, Tomo II. Buenos Aires, Ediciones De Palma.

La Rioja como las demás provincias, fue parte de este proceso de articulación de las normas aplicables en el plano de la institucionalidad provincial y su administración, hasta la declaración definitiva de su autonomía el 01/03/1820, que de manera invariable le daba impulso y continuidad a la naciente organización del país.

En este marco de instituciones y normas, veamos ¿qué caracteres predominaban en la declaración de autonomía de La Rioja?

A decir del Prof. Díaz¹², en el texto de la declaración se manifiesta que la provincia de La Rioja era entidad:

1)-"Independiente": entiéndase aquí en razón del contexto histórico, que el término "independiente", denota el significado de la declaración de autonomía provincial, en el ámbito institucional, administrativo y económico, para su gestión.

2)- Federal: expresa el texto declarativo, "*bajo forma federal*", lo que define una concepción de organización del poder institucionalizado nacional, en el que la provincia como entidad jurídica, tenga reconocimiento y participación.

3)- Congresista: la declaración de autonomía estaba condicionada "*hasta la reunión del Congreso*", (el Congreso General Constituyente) que debía constituirse a los fines de elaborar, sancionar y aprobar la Constitución Nacional.

4)- Democrática: el sentido democrático está manifiesto en el órgano provincial que llevó a cabo la declaración de autonomía, el Cabildo Abierto, en el que el interés de los vecinos más influyentes tuvo participación en esa decisión.

¹² Díaz, Ramón José (2006), La Rioja, Encrucijada de Aridez y Esperanza, 1ª Edición, Honorable Senado de la Nación Argentina, Secretaría Parlamentaria, Dirección de Publicaciones. Página 33

5)- Republicana: La figura de un órgano colegiado, distinto al teniente gobernador, expresa, aunque de modo incipiente, la división de las funciones de poder, como signo destacable de la concepción de "res publica", la cosa común.

Institución, declaración y participación

El Cabildo Abierto era la forma de debatir en asamblea las cuestiones importantes de la ciudad, con la participación de los ciudadanos más influyentes, hasta que estos fueron suprimiéndose para dar lugar a las Juntas o Salas de Representantes, que desde 1853, se conoce como Legislatura Provincial.

La institución del Cabildo Abierto era una de función extraordinaria, convocada por el gobernador con el objeto de deliberar sobre temas específicos de carácter grave e interés general en el que los vecinos más prestigiosos de la ciudad participaban en la decisión oficial, por ejemplo, designar o aceptar la renuncia del gobernador.

Ante la convocatoria, los vecinos invitados a participar, debían estar registrados en una nómina realizada por el propio Cabildo, que reunido en "asamblea", formaban parte en la decisión a tomar, aunque como expresa Levaggi¹³, "normalmente, se limitaron a ratificar las propuestas del Ayuntamiento".

Después de la declaración de autonomía, en cada provincia el Cabildo eligió o constituyó una nueva institución, la Junta o Sala de Representantes (antecedente de las Legislaturas provinciales) que tenía la misión y la facultad de legislar, elegir y aprobar la designación del intendente-gobernador.

¹³ Levaggi, Abelardo: ob cit, página 45.

El Estatuto o Reglamento en La Rioja

En general, casi todas las provincias de esa época (14 provincias), en forma simultánea o diferida, aprobaron su Estatuto, Reglamento o Constitución Provincial provisorio, en razón de poder definir sus instituciones, atribuciones y funciones, que les permitiera materializar la gestión y la administración local.

Es necesario aclarar que hasta 1820 el Cabildo Abierto era una entidad fundamental en las decisiones políticas, pues, junto a la figura del teniente gobernador en el ámbito provincial, tenía y mantenía la potestad de proteger la institucionalidad en el poder, en el marco de su jurisdicción y la legalidad.

Es así que siguiendo Goldman¹⁴, exponemos que a partir de 1820, la tendencia post revolucionaria de mayo, fue organizar el poder institucional, pasando de la ciudad-provincia al status de provincia autónoma; respondiendo a la evolución que fracturó la hegemonía virreinal e intendencial para solidificar el poder provincial.

Al respecto, en el caso de La Rioja, inicialmente y por recomendación del gobierno de Córdoba se debía convocar a la población riojana con el objeto de elegir por medio del voto popular, un nuevo teniente gobernador y un diputado para la conformación de una Asamblea Constituyente Provincial.

Este proceso electoral en La Rioja se llevó a cabo el 01/03/1820, pero el acto de referencia no se concretó para los fines encomendados, sino que se llevó a cabo la Declaración de Autonomía de la Provincia, de la dependencia que tenía con la Intendencia de Córdoba como capital intendencial.

Debemos interpretar que para estas elecciones la convocatoria al Cabildo Abierto, se amplió a los vecinos de la campaña, cuestión no considerada

¹⁴ Goldman, Noemí: Legalidad y legitimidad en el caudillismo. Juan Facundo Quiroga y La Rioja en el interior rioplatense (1810-1835).

antes; esta participación popular, tenía naturalmente directa relación con el principio democrático expresado en el Estatuto Provisional de 1815¹⁵ y 1817.

Pero, en La Rioja después de su declaración de autonomía no se siguió el sistema electoral dispuesto por el Estatuto de 1815¹⁵ y 1817, sino que la Sala de Representantes aprobó leyes comunes que implicaban dos sistemas electorales: elección popular y por la Junta de Representantes a nivel provincial.

Por otra parte, es preciso diferenciar entre la función del Cabildo Abierto, que solo comprendía la representación de los vecinos de la ciudad, y la Sala o Junta de Representantes, (cuerpo colegiado legislativo), que comprendía la representación provincial, con alcance a todos los ciudadanos de esta jurisdicción.

Es interesante destacar que hasta 1820, estaba establecida la figura de intendente-gobernador en la capital de la intendencia (por ejemplo, Córdoba del Tucumán); y en las delegaciones o ciudades subordinadas (por ejemplo, La Rioja), esta institución se denominaba, teniente gobernador de su jurisdicción.

Desde 1819-1820, cuando las ciudades-provincias declararon su autonomía, en cada ciudad capital convertida en nueva entidad provincial (por ejemplo La Rioja), el Cabildo Abierto, por lo general, elegía a los miembros de la primera conformación de la Junta o Sala de representantes y en su caso también al gobernador.

En 1820 La Rioja, como parte de la transformación jurídico-política que se generó en la Nación al declarar su autonomía, fue en forma paulatina, dándole nuevas formas a las instituciones provenientes del virreinato, de manera que la figura del intendente gobernador se convirtió en el Poder Ejecutivo Provincial.

¹⁵ Estatuto Provisional de 1815: Sección Quinta; Capítulo I; Artículo Único.

A su vez, sobre el sistema de representación, la estructura del Cabildo Abierto como órgano de actuación y de decisiones extraordinarias, se transformó en Sala o Junta de Representantes, sin que el Cabildo ordinario, dejara de coexistir en el marco de la institucionalidad local, antecedente de la actual Legislatura Provincial.

Por último, según data la Historia, (Goldman y Gentile), La Rioja, Buenos Aires y Mendoza, no sancionaron específicamente una "Constitución", "Estatuto" o "Reglamento", entre el año 1820 y 1853, según les confería el nuevo status de "Estado independiente", en el contexto de una necesaria organización.

Nota:

Es de fundamental importancia tener en consideración que las provincias no tenían instituidos un poder constituyente, de manera que las normas existentes que regían en ese momento histórico, se organizaban y eran convalidadas por la elite que acompañaba al gobernantes o por el propio gobernador.

En relación a la denominación que se le confería a ese cuerpo normativo, estaba fundado en la idea de un "Estado independiente", lo que incidía que se tomara de forma indistinta el concepto "Constitución", "Estatuto" o "Reglamento", sin que esto definiera el significado que estos términos tienen en la actualidad.

De manera, que cualquiera fuera la expresión que se utilizara en ese sentido, se consideraba como sinónimo de una Ley de rango Superior, que establecía el orden de las instituciones y regía las funciones del gobierno de un modo provisional en materia de "administración general", de cada "estado provincial".

Así es que, la cuestión compele a tratar de dilucidar el significado que hay entre estos tres vocablos antes referidos, existe una notable diferencia de significado que exponemos a continuación:

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Noviembre de 2013- A3.V2.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

Constitución¹⁶

Forma o sistema de gobierno que tiene cada Estado. // Ley fundamental de la organización de un Estado (Dic. Acad). La segunda acepción es la de ley o conjunto de reglas fundamentales que rigen la organización de un Estado y que tienen que ser establecidas por la nación misma, sea por votación o por aplicación, indiscutida y respetada de la costumbre.

Estatuto¹⁷

“Establecimiento, regla con fuerza de ley para el gobierno de un cuerpo”.
// “Por extensión, cualquier ordenamiento eficaz para obligar: contrato, disposición testamentaria, etc.”.

Reglamento¹⁸

Toda instrucción escrita destinada a regir una institución o a organizar un servicio o actividad.// La disposición metódica y de cierta amplitud que, sobre una materia, y a falta de ley (v.) o para completarla, dicta un poder administrativo. Según la autoridad que lo promulgue, se está ante norma con autoridad de decreto, ordenanza, orden o bando.

Conclusión

A modo de cierre de este estudio, y a los fines de confirmar los supuestos planteados al comienzo, exponemos las siguientes conclusiones:

1)- Entre 1810 y 1820, en las Provincias Unidas del Río de la Plata, se habría generado un contexto de inestabilidad política y de conflictos que no permitían concretar la organización institucional del país.

¹⁶ Osorio, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, pp 222 y 223

¹⁷ Osorio, Manuel: ob cit. Pp 400.

¹⁸ Osorio, Manuel: ob.cit. pp 849.

2)- En este ámbito la provincia de La Rioja materializa su primera declaración de autonomía en 1815, aunque por decisión del Congreso General, en 1817, debía reintegrarse a la dependencia de Córdoba.

3)-- Que, con motivo de la batalla de Cepeda y la disolución del gobierno nacional (directorio) en 1820, la Asamblea de vecinos en Cabildo Abierto, declaró la Autonomía de La Rioja en forma definitiva, hasta la actualidad.

4) El acto declarativo de autonomía constituyó una proclama, que no constituyó la determinación de expresión alguna de un reglamento o estatuto que rigiere, la forma de materializar la institucionalidad local.

5)- En este sentido, de lo expuesto por Goldman y Gentile, surge que la provincia de *La Rioja*, como *Mendoza*, *Buenos Aires*, fueron las provincias que no sancionaron una de Ley Fundamental.

6)- Pero, ello no implicó que se gobernaran al margen de la ley, porque ordenaron sus instituciones y rigieron su nuevo status de entidad provincial, en base a las normas que a priori, habían formalizado su administración.

7)- Pero, aun dada esta situación de no haber sancionado un régimen o estatuto, no significa que en la provincia de La Rioja, los gobiernos y la administración se condujeran al margen de la ley.

8)- Sobre el tema, es de entender que antes del acto declarativo estaban vigentes un conjunto de normas del Derecho Indiano y el Derecho Patrio, que regulaban las formas en el gobierno y la administración pública provincial.

Bibliografía

Convención General Constituyente: (1997) Nueva Constitución de la República Argentina, Buenos Aires, Editorial Betina. Argentina.

Astolfi, José C: (1982) Historia 3, La argentina y el mundo hasta nuestros días. Buenos Aires, Editorial Kapeluz. Argentina.

Barrera Buteler, Guillermo: (1995) Las creencias constitucionales en Berra Ferrer y otros, Manual de Derecho Constitucional Tomo I. Córdoba, Editorial Advocatus. Argentina.

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Noviembre de 2013- A3.V2.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

Bustanza, Juan Antonio: (1994) Historia 5, Instituciones políticas y sociales, Argentina y América. Buenos Aires, A-Z Editora. Argentina.

Díaz, Ramón José: (2006) La Rioja, Encrucijada de Aridez y Esperanza, 1ª Edición, Honorable Senado de la Nación argentina, Secretaría Parlamentaria, Dirección de Publicaciones. Argentina.

Levaggi, Abelardo (1987) Manual de Historia del Derecho argentino, Tomo II. Buenos Aires, Ediciones De Palma. Argentina.

Osorio, Manuel: (1995) Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, San Pablo. Brasil.

Romero, Luis Alberto: (1993) Breve Historia Contemporánea de la Argentina. Buenos Aires, Editorial Fondo de Cultura Económica. Argentina.

San Martino de Dromi, María Laura: (1990) Intendencias y Provincias en la Historia Argentina. Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración SRL. Argentina.

Zarini, Helio Juan: (1995) Constitución Argentina Comentada y Concordada. Buenos Aires, Editorial Astrea. Argentina.

Páginas web:

www.fmmeduccion.com.ar/Bibliotecadigital/Oszlak_elementos

Argentina. Piña, Felipe: El Virreinato del Río de la Plata. Recuperado de www.elhistoriador.com.ar

Argentina. Gentile, Jorge Horacio: La Primera Constitución de Córdoba: el Reglamento de 1821. Recuperado de: www.profesorgentile.com.ar/tema-77.html

Leo Hillar Puxeddu: De los orígenes toponímicos de símbolos e instituciones en la historia de Santa Fe. Recuperado de: argentinahistorica.com.ar/intro_libros.php?tema=25&doc=6 - 35k.

Wikipedia: *Asamblea del Año XIII* en
www.es.wikipedia.org/wiki/Asamblea_del_Año_XIII

Wikipedia: *Intendencia de Córdoba del Tucumán* en
www.es.wikipedia.org/wiki/Intendencia_de_Córdoba_del_Tucumán
Argentina. Goldman, Noemí: Legalidad y legitimidad en el caudillismo. Juan Facundo Quiroga y La Rioja en el interior rioplatense (1810-1835. Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana "Dr. Emilio Ravignani", Tercera Serie, Numero 7, 1er. Semestre de 1993. Recuperado de: ravignanidigital.com.ar/_bol_ravig/n07/n07a02.pdf

Cita de este artículo:

NORIEGA, J. (2013) "Constitución de la provincia de La Rioja, origen y evolución institucional" *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Noviembre de 2013, Año 3, Vol. 2. pp. 70-91. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

DERECHOS INTELECTUALES . ASPECTOS REGISTRALES

Elsa Manrique

Abogada. Escribana. Especialista en Docencia Universitaria. Especialización en Derecho de Contratos y Daños. Doctorando de la Universidad Nacional de Córdoba, Profesora de Derecho Comercial (UNC - UNLaR), Directora del Instituto de Derecho Notarial (UNLaR).

Palabras claves:

Derechos intelectuales, derechos de autor, registración, invenciones.

Key words:

Intellectual rights, copyright, registration, inventions.

Resumen

La propiedad intelectual está relacionada con las creaciones del intelecto de las personas como las invenciones, las obras literarias y artísticas, los nombres, los dibujos y modelos industriales. Puede registrarse toda obra científica, literaria o artística que sean producto obra del intelecto.

Abstract

The intellectual property relates to creations of the mind of people such as inventions, literary and artistic works, names, industrial designs. You can register any scientific, literary or artistic works that are the product of the intellect.

"la más sagrada, la más personal de todas las obras es la obra, es el fruto del pensamiento de un escritor"

ISAAC LE CHAPELIER¹

INTRODUCCIÓN – CONSIDERACIONES GENERALES

Los derechos de autor son aquellos derechos concedidos por la normativa vigente en beneficio del autor o creador de toda obra literal o artística. En nuestro país la protección de los derechos de autor están consagrados en nuestra Constitución Nacional; *"...todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, descubrimiento o invento..."* el resguardo continua mediante los Tratados y Convenciones internacional a las que adhirió Argentina: Tratado de Montevideo sobre Propiedad Literaria y Artística del año 1889, Convención sobre Propiedad Literaria y Artística de 1910, Convención Interamericana sobre Derechos de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas de 1946, Convención Universal sobre Derechos de Autor de 1952, Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artística de 1886, entre otros². El

¹ Isaac LE CHAPELIER, abogado bretón, dirigió la sesión del 4 de agosto de 1789 en la Asamblea Nacional en la que se decretó la abolición del feudalismo, y participó en la creación del Club de los Amigos de la Constitución, denominado de los Jacobinos.

² Tratado sobre Propiedad Literaria y Artística, Montevideo, 1889 (Ratificado por ley 3192). Convención sobre Propiedad Literaria y Artística, Buenos Aires, 1910 (Ratificada por ley 13.585). Convención Interamericana sobre el Derecho de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas, Washington, 1946 (Ratificada por ley 14.186). Convención Universal sobre Derecho de Autor, Ginebra, 1952 (Ratificada por decreto - ley 12.088/57). Convención de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas, Berna, 1886 - Acta de Bruselas, 1948 (Ratificada por ley 17.251). Acta de París, 1971 (Ratificada por ley 22.195). Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, París, 1971. Enmendado en 1979 (Ratificado por ley 22.195). Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción No Autorizada de Fonogramas, Ginebra 1971 (Ratificado por ley 19.963). Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, Roma, 1961; Ginebra, 1987 (Ratificada por ley 23.921). Tratado sobre el Registro Internacional de Obras Audiovisuales, Ginebra 1989 (Ratificado por ley 24.039). Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Ratificado por ley 24.425). Tratado OMPI sobre Derecho de Autor, Ginebra, 1996 (Ratificado por ley 25.140). Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, Ginebra, 1996 (Ratificado por ley 25.140).

amparo sigue con la Ley 11.723 su decreto reglamentario, demás decretos y resoluciones sobre el tema³.

La obra resguardada por el derecho de autor de conformidad a lo establecido por el Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual es *"toda creación original intelectual expresada en una forma reproducible. De este concepto resulta que el derecho de autor protege la expresión de las ideas pero no las ideas en sí, cuyo uso es libre"* (PEIRETI, 2000:2).

"La obra intelectual no es nada distinto de un conjunto de ideas conocidas o un cumulo de pasiones y sentimiento que son los propio de género humano, de suerte que cuando el autor o creador de una obra la da a conocer, lo que en realidad hace devolvérsela a los hombres" (SATANOWSKI, VALENCIA, VELOSA, 1989:15).

Por eso la jurisprudencia ha manifestado que:

"El derecho de autor sólo protege las creaciones formales y no las ideas contenidas en la obra, pues las ideas no son obras, siendo su uso libre sin que se pueda adquirir sobre ellas protección o propiedad alguna, aun cuando sean novedosas, de modo que no es necesaria la autorización previa del autor para su aplicación práctica". (CNCiv., Sala A, 9/12/2003, Ofelia S. A. c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires).

³ Ley 11.723 - Ley de Propiedad Intelectual. Ley 25036 (que modifica los artículos 1º, 4º, 9º y 57 e incorpora el artículo 55 bis a la Ley Nº 11.723). Decreto 41.233/34. Reglamentación de la ley 11.723. Decreto 31.964/39 - Depósito en "custodia". Decreto 71.180/40 - Devolución de obras inéditas depositadas en "custodia". Decreto-Ley 6.422/57 - Indicación de editores o directores responsables de publicaciones periódicas. Decreto 16.697/59 - Declaración jurada de obras editadas. Reglamentación del artículo 61 de la ley 11.723. Decreto 7.616/63 - Renovación del depósito de obras inéditas. Decreto 8.478/65 - Ejecución pública de música - Autorización de los autores. Decreto 746/73 - Intérpretes - Reglamentación del art. 56 de la ley 11.723. Decreto 447/74 - Microfilmación de publicaciones periódicas. Decreto 1670/74 - Modificación artículos 35 y 40 del decreto 41233/34 y normas sobre intérpretes. Decreto 1671/74 - Derechos de intérpretes y productores de fonogramas - Retribución - Creación AADI - CAPIF - Asociación civil recaudadora. Decreto 165/94 - Protección del software y base de datos. Sistema de Dominio Público Pagante: Decreto - Ley 1.224/58 - Creación del Fondo Nacional de las Artes. Decreto 6255/58 - Reglamentación del Fondo Nacional de las Artes. Resolución 15.850/77 - Cuerpo legal sobre derechos de dominio público pagante (T.O. 1978). Resolución 21.516/91 - Gravamen a las obras cinematográficas editadas en soporte magnético (video - cassette).

El autor es la persona que ha creado una obra literaria o artística. El carácter de autor de una obra pertenece a una persona física, pues es la expresión de su pensamiento y constituye la expresión de su propia creatividad CABALLER LEAL, 2004: 1. En Otras Palabras, su obra es la expresión personal, única, original y novedosa de la inteligencia, resultado de la actividad de su espíritu que tiene individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida. Lipszic, manifiesta que el objeto de protección del derecho de autor es la obra (LIPSZIC, 2007:11).

La Declaración Mundial sobre la Propiedad Intelectual realizada el 26 de junio del año 2000, entiende que se trata de *"cualquier propiedad que, de común acuerdo, se considere de naturaleza intelectual y merecedora de protección, incluidas las invenciones científicas y tecnológicas, las producciones literarias o artísticas, las marcas y los identificadores, los dibujos y modelos industriales y las indicaciones geográficas"*.

La Decisión andina 351 de 1993, de refiere al régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos, en su capítulo I estableciendo:

"Las disposiciones de la presente Decisión tienen por finalidad reconocer una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras del ingenio, en el campo literario, artístico o científico, cualquiera que sea el género o forma de expresión y sin importar el mérito literario o artístico ni su destino".

La jurisprudencia ha realizado su aporte para desarrollar el concepto de obra científica, literaria o artística, de la siguiente forma:

"...la ley sólo protege la forma, el modo de expresión, la aplicación del tema, la marca de individualidad, es decir, lo que da a la obra el carácter personal, original, lo que revela el poder creador del autor. No es tutelable —en cambio— la realidad material en que se ha inspirado o de la cual el autor ha hecho objeto de su expresión, porque esa realidad no ha sido creada por él". (CNCiv., Sala I, 5/8/1999, Guebel, Norberto Daniel c. Fernández Musiak, Diego Marcelo, ED, 186-427).

Otro Tribunal sostiene que:

"Un claro ejemplo son las obras jurídicas sobre el mismo tema. Si dos autores escriben sobre el mismo asunto, sus obras podrán ser muy similares, pero mientras no exista copia de la expresión de la obra no habrá infracción al derecho de autor".
(CNCiv. Sala A, 5/10/2006, Giangreco v. Carlén y Editorial Errepar SA.).

La propiedad intelectual es el reconocimiento de un derecho en favor de un autor u otros titulares de derechos, sobre las obras de su intelecto.

Para que una obra sea protegida por el derecho de autor debe ser una creación original. En el ámbito del derecho de autor las ideas no requieren ser nuevas pero la forma, tanto literaria como artística en la que esas ideas se pronuncien, debe ser el resultado de la creatividad intelectual del autor.

La ley 25.036 que modifica el artículo 1º de la Ley 11.723 menciona las obras protegidas, pero no es taxativo, ya que la ley protege no solo las obras científicas, literarias y artísticas, sino todas las obras que impliquen una creación, un esfuerzo de la mente humana.

En su artículo 1ro. la ley considera obras científicas, literarias o artísticas, y, por tanto, sujetas a su regulación y protección:

"los escritos de toda naturaleza y extensión; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia, aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y fonogramas; en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción"

La jurisprudencia ha sostenido que:

"se debe entender por "obra" o "producción" científica, literaria o artística, una expresión personal, original y novedosa de la inteligencia, resultado de la actividad del espíritu que tenga individualidad, que represente algo y sea una creación integral. El juez se encuentra facultado para determinar si existen estas características en una obra determinada para que proceda la protección legal"(C.N.Conten. ádmns. Fed. Sala IB, 7-7-83, ED. 681).

"La obra no es otra cosa que la idea exteriorizada. Y si es verdad que la pura idea no cuenta con la protección del derecho, es porque mientras no se exterioriza no puede ser aprehendida por ley. De donde resulta que es erróneo decir que el derecho no protege las ideas. Las protege siempre que entren en el mundo de lo concreto y sensible en que se desenvuelve el derecho" (BORDA, 2008:545/546).

Las ideas no son obras y conceder derechos exclusivos sobre las mismas es contrario al bien común. Si el derecho resguardara las ideas, se estaría otorgando al titular de una obra un derecho más importante que la obra ya creada por él, de esa forma se estaría imposibilitando el desarrollo de otras obras posteriores que podrían ser fruto de la propia expresión de un nuevo autor, obtenidas de manera independiente, pero basada en una idea análoga.

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS INTELLECTUALES

"La fuerza de la personalidad, la energía espiritual y la espontaneidad del individuo es la gran experiencia del renacimiento. El genio como quinta esencia de esta energía y espontaneidad se convierte en ideal del arte, en cuanto este abarca la esencia del espíritu humano y su esencia sobre la realidad. El desarrollo del genio comienza con la propiedad intelectual" (HAUSER, 1993: 47).

El estudio de la naturaleza jurídica de los derechos de autor es un tema muy discutido y existen varias teorías que buscan respuesta a este enigma. Las teorías que tratan el tema son:

a.- La teoría que asimila el *derecho de autor* al *derecho real de propiedad*. Esta teoría sostiene que el derecho que ejerce el autor sobre su obra es semejante al derecho de propiedad. Esto es, porque la propiedad significa el dominio que se ejerce sobre la cosa poseída, y el propietario tiene el derecho de servirse de la cosa, de percibir su producto, de disponer de ella de manera total, definitiva y, además tiene la facultad de solicitar la devolución de la cosa, de otros detentadores o poseedores (LOREDO HILL, 1998: 19).

b.- Otra postura doctrinaria considera a los *derechos de autor* es un *derecho de la personalidad*: está sustentada por el filósofo Kant y Gierke quienes manifiestan que el objeto está conformado por una obra intelectual que integra la personalidad de su creador. Otros juristas enrolados en esta misma postura doctrinaria, (M Bertrand y Blunstchli) aseveran que el derecho del autor sobre su obra es semejante al derecho que poseen cualquier individuo sobre su decoro y honor. La obra es la prolongación de la personalidad del autor, y el aspecto patrimonial es la recompensa que tiene el autor por su trabajo (citados por LOREDO HILL, 1998: 22).

c.- Aquélla teoría que presenta el *derecho de autor* como un *privilegio*, sostiene que el autor no posee un derecho basado en la creación intelectual, sino que ese derecho se lo otorga la ley como un privilegio, es una concesión del Estado por el interés que tiene la comunidad en estimular y apoyar la actividad intelectuales y del espíritu de las personas (LOREDO HILL, 1998: 23).

d.- La teoría que considera al *derecho de autor* como un *monopolio de explotación*, que posee su fundamento en dos obligaciones transcendentales: 1.- no imitar, y, 2.- la obligación de prohibir esta imitación. Los juristas que sostienen esta postura son Planiol y Ripert, Colin y Capitant y el jurista español Rodríguez-Arias (citados en LOREDO HILL, 1998: 24).

e.- La teoría que sostiene al *derecho de autor* como un *derecho subjetivo*, considera que este derecho es una facultad reconocida por la ley al autor, en virtud de la cual puede exteriorizar su voluntad, dentro de ciertos parámetros, para obtener los fines perseguidos. El titular del derecho posee la prerrogativa de disfrutar de modo exclusivo de sus obras y de disponer de ellas. Entre sus seguidores se encuentra Andreas von Tuhr (citado en LOREDO HILL, 1998: 25).

f.- Esta postura doctrinaria considera al *derecho de autor* como un *derecho de la colectividad*. De Boor sostiene que las obras del espíritu no son propiedad de los autores sino que deben pertenecer al pueblo; pues el creador jamás habría podido realizar su obra si no hubiera se hubiera nutrido de la cultura nacional (citado en LOREDO HILL, 1998: 25).

g.- También existe una teoría que mira al *derecho de autor* como un *derecho de propiedad inmaterial*. El jurista Francesco Carnelutti, considera que, además de la propiedad ordinaria existe otro tipo de propiedad que es la inmaterial, la cual comprende el derecho sobre las obras de la inteligencia, (derecho de autor) (citado por LOREDO HILL, 1998: 25).

h.- *La teoría del valor objetivado por un proceso intelectual, teológicamente social integral, reconocido y amparado por el ordenamiento jurídico vigente.* Jesús Betancourt Aldana opina que el autor tiene una especial sensibilidad que le posibilita transformar un valor abstracto en una obra concreta. Este jurista manifiesta, que es social integral puesto que “*participa de la naturaleza del derecho social con una nota lógica permanente que requiere para su plena eficacia, o sea integrarse a una adecuada normatividad de los medios masivos que le permita alcanzar en beneficio del autor los óptimos niveles económicos*” (citado en LOREDO HILL, 1998: 24).

i.-La teoría del *derecho social* que sostiene que debe protegerse al autor como creador de obras que contribuyen al género humano (HILL, 1998: 25).

j.- Teoría de los derechos intelectuales que fue atribuida a Edmond Picard que sostiene que *"los derechos intelectuales son de naturaleza sui generis y tiene por objeto las concepciones del espíritu en oposición a los derechos reales, cuyo objeto son las cosas materiales"* (citado en LOREDO HILL, 1998: 24).

k.- Teoría que considera al derecho de autor como de doble contenido o ecléctica, según esta postura el derecho de autor es un derecho binario que comprende un derecho moral y otro patrimonial. Para esta tesitura el derecho de autor es un derecho *sui generis* de naturaleza mixta, debe ser considerado como un derecho personal-patrimonial y deben distinguirse dos momentos: el periodo de creación de la obra (derecho personal) y el de su publicación (derecho patrimonial) (LOREDO HILL, 1998: 25).

La propiedad intelectual comprende derechos, que atribuyen al autor de una obra su plena disposición y el derecho exclusivo a explotarla. Es decir, conceden al autor la propiedad de la obra y el derecho de disponer de ella. La propiedad intelectual tiene una función trascendental y alcanza casi todos los aspectos de la ciencia y la tecnología. La propiedad intelectual se ocupa de las producciones del intelecto que sean originales y creativas.

LA REGISTRACIÓN

La obra se encuentra amparada por la ley (C.N.Com. Sala A, 19-10-1989, L.L. 1990-B, 240). cualquiera sea su forma de expresión (oral o escrita). La protección por el derecho de autor surge con la creación de la obra, sin necesidad de otra formalidad, como por ejemplo, registro o depósito. Este principio, se encuentra establecido en la "Convención de Berna".

El registro resguarda al autor brindándole la seguridad de la exclusividad de su obra y otorga facultades para ejecutar las acciones contra la persona que utiliza la obra sin la autorización correspondiente.

Los registros se pueden clasificar en: a) constitutivos: el derecho surge por la inscripción, o, b) declarativos: el derecho nace antes y el registro sólo reconoce

su existencia. Nuestro registro de los derechos de autor tiene efectos declarativos. La jurisprudencia ha manifestado al respecto que:

"La autoría de una obra intelectual, no nace con su inscripción en el registro respectivo. Tal derecho nace y se fija en el autor por la fuerza misma de la creación de la obra y, por tanto, no se pierde por no haberse cumplido con dicho registro o depósito, ni el simple cumplimiento de éstos obra en provecho del depositante una acción por plagio si la obra no es más que una copia de otra ya inventada y ejecutada. De otro modo habría que admitir que el usurpador o plagiarlo pueden convertirse en propietarios legítimos, lo que es inadmisibile "(C.N.C. sala F, 14-10-1991, Pepe Daniel c/Editorial Atlántida SA, L.L. 1992-B, 477).

El Registro de la Propiedad Intelectual fue creado a principios del siglo pasado. Actualmente la Dirección Nacional de Derecho de Autor, está centralizada y su sede se encuentra en la Capital Federal. En el año 1987 se rubricaron por resolución de la Dirección Nacional de Derechos de Autor diversos convenios con varias entidades intermedias, (entes cooperadores), relacionados con las creaciones del intelecto de las personas, cuyas obras se les encomendó registrar.

Actualmente tenemos cuatro entes cooperadores: a).- la Cámara Argentina del Libro, que registra la obra literaria editada; b).- la Asociación Argentina de Revistas, hace lo propio con las publicaciones periódicas; c).- SADAIC inscribe obras musicales publicadas o inéditas. d).- la Sociedad Argentina de Escritores que publica las obras inéditas no musicales y las obras publicadas por representación (teatro, radio, televisión). e).-la Dirección Nacional de Derechos de autor, ha conservado la inscripción de las obras inéditas.

El trámite de registración:

Los artículos 57 a 64 de la ley de derechos de autor y el decreto reglamentario 41233/ 34 legislan sobre la registración de estos derechos. El Registro llevará los libros para que toda obra inscrita tenga su folio correspondiente (principio registral de especialización).

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Noviembre de 2013- A3.V2.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

Puede registrarse toda obra científica, literaria o artística que sean producto obra del intelecto. En la Dirección Nacional de Derecho de Autor se inscriben obras publicadas, obras inéditas, publicaciones periódicas, traducciones, obras anónimas o seudónimas. Asimismo, se registran los contratos referentes a las obras, como por ejemplo el contrato de edición o los de enajenación de derechos intelectuales.

Resulta obligatoria la registración de toda obra editada, sin embargo muchos autores no inscriben sus obras y por tal motivo no obtienen la protección a su labor intelectual que le otorga la ley.

El trámite de registración a efectuar varía según la obra:⁴

a) Registro de obra publicada: se encuentra establecido en el arto 57 de la ley. La obligación de registrar le compete al editor, pero si no la efectúa le corresponde realizarla al autor.

De conformidad a lo dispuesto por el art.63 el registro la rechaza la registración de la obra que no contenga el lugar y fecha en que se llevó a cabo la impresión, edición y el nombre del editor.

El editor de las obras comprendidas en el artículo 1º, deberá depositar tres ejemplares completos de toda obra publicada en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual dentro de los tres meses siguientes a su aparición. Si la edición fuera de lujo o no fuera superior a cien ejemplares, será suficiente depositar un ejemplar. La Dirección Nacional conserva un ejemplar y remite las otras dos restantes a la Biblioteca del Congreso de la Nación y a la Biblioteca Nacional. Es importante señalar que la protección, conservación y revalorización de este patrimonio llevada a cabo por estas instituciones tiene como finalidad el desarrollo integral de las personas, e importa fortalecer la conciencia histórica y afianzar la identidad.

⁴ NICOLAU, Noemí Lidia, "La registración de los derechos intelectuales", (Cuestiones prácticas relativas a la inscripción y sus efectos). <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/tdc/article/view/1009/939>.

b) El Registro de pinturas, esculturas, obras de arquitectura, de dibujo, pintura, escultura, arquitectura, grabados, plásticos, fotografías, así como también los impresos, planos, mapas, etcétera, consiste en el depósito de un croquis o fotografía del original, con todas las indicaciones que permitan individualizarlas.

c) Registro de películas: Para las películas cinematográficas, el depósito radica en una relación del argumento, diálogos, fotografías y escenarios de sus más importantes escenas. (art. 5º de la Ley N° 25.036 B.O. 11/11/1998).

d) Registro de software: debe acompañarse un diskette con el programa. Debemos destacar que los programas de computación, en sus versiones fuente y objeto, se encuentran amparados por la Ley 11.723 que expresamente establece que los programas de computación fuente y objeto se consideran como obras literarias, científicas o artísticas. La registración del software no otorga suficiente protección, pues el software es más que una obra literaria, es "el diseño del sistema, el de las pantallas del computador, la organización y la estructura de los datos que integrarán dicho sistema, la selección del lenguaje de computación con las innumerables combinaciones que adoptará para la programación en código fuente y código objeto..." (LANGENAUER, 1994: 628).

e) Registro de obra inédita: el trámite está regulado por el art 62 de la ley y el 17 del decreto reglamentario. Cuando se trata de obras no publicadas, el autor o sus derechohabientes pueden depositar una copia del manuscrito con la firma certificada del depositante en un sobre cerrado y lacrado. El depósito de las obras, realizado por el editor, garantiza los derechos de autor sobre su obra y los del editor sobre su edición. El registro de la obra inédita debe renovarse periódicamente (cada 3 años y 30 días) y una vez publicada debe registrarse como obra publicada (dec. 31623/33 y dec. 71321/35). El registro de obras inéditas otorga fecha cierta a la obra y permite al autor probar los derechos intelectuales sobre su creación.

g) Registro de traducciones: el artículo 23 de la ley 11.723 establece que debe inscribirse el contrato celebrado con el autor, dentro del año de la publicación de la obra traducida.

h) Registro de publicaciones periódicas: Los propietarios de publicaciones periódicas deberán registrarlas en el Registro Nacional de la Propiedad Intelectual. La inscripción protege a las obras publicadas y sus autores pueden requerir al Registro una certificación acreditando tal circunstancia. A fin de inscribir una publicación periódica se debe presentar al Registro un ejemplar de la última edición acompañado del formulario pertinente. La inscripción debe renovarse en forma anual y para conservar su vigencia se declara todos los meses ante el registro la numeración y fecha de los ejemplares publicados. Asimismo, estos propietarios debe guardar uno de los ejemplares publicados, sellados con la leyenda: "Ejemplar ley 11.723", y son responsables de las mismas.

El Registro puede solicitar la presentación de ejemplares de esta colección e inspeccionar la editorial para observar el cumplimiento de la obligación instaurada en el párrafo anterior.

í) Registro de obra anónima o seudónima: El autor que utilice seudónimo, si lo tiene registrado, adquiere los derechos correspondientes. Los autores que posean seudónimos pueden registrarlos obteniendo la propiedad de los mismos (artículo 3 de la ley 11.723).

j) Registro de contratos de cesión o enajenación: El registro inscribe también, los contratos de cesión o enajenación, siempre que las obras que constituyen su objeto mediato se hubieren publicado.

El artículo 64 de la ley 11.723, determina que toda persona que reciba subsidios del Estado ya sean reparticiones nacionales o personas privadas, y realice publicaciones, deben enviar a la Biblioteca del Congreso un ejemplar de las publicaciones.

La Propiedad intelectual es una disciplina que resguarda las creaciones intelectuales que provienen de un esfuerzo o destreza humanos dignos de reconocimiento legal (RENJIFO, 1997:23).

En definitiva, todas las creaciones del intelecto y las relacionadas con su divulgación y difusión han sido reunidas para los mismos efectos jurídicos, en

los citados *derechos de propiedad intelectual*, que comprenden los derechos de autor, los derechos de propiedad industrial y los derechos sobre descubrimientos científicos, así como otras formas y manifestaciones de la capacidad creativa de la persona.

Efectos de la registración:

La registración reconoce el derecho moral de autor y el derecho a la explotación económica de cualquier obra de su autoría, por tanto, sin la autorización del titular del derecho no es viable explotar económicamente su creación intelectual legalmente. El art. 2 de la ley 11.723, establece que el autor que posea la "propiedad intelectual" goza de la facultad de disponer de la obra, publicarla, ejecutarla, representarla y exponerla en público, etc.

El autor de una obra, en ejercicio de la autonomía que le otorga la propiedad de los derechos patrimoniales, es la persona que puede disponer las condiciones de explotación de sus obras, ya sea de forma onerosa o gratuita. Los derechos patrimoniales de autor pueden ser transferidos, ya sea mediante venta, donación, también el autor puede disponer su traducción, adaptación o autorización, y reproducción en cualquier forma. Los derechos patrimoniales del autor, hacen referencia a los derechos de explotación económica sobre sus obras y creaciones que tiene el autor.

El único modo de proteger una obra intelectual es mediante la inscripción. Por lo tanto, las obras publicadas no registradas no están protegidas por la ley. La registración sirve para sostener la prioridad en el tiempo.

La inscripción tiene por efecto imposibilitar que se edite la obra sin la autorización del autor. *"El derecho de inédito permite a los depositantes oponerse a un futuro intento de registro de obra similar por otro que lo pretenda; también les permite perseguir penalmente a quien edite, venda o reproduzca por cualquier medio la obra inédita..."* (C.N.Civ. Sala G, 7-5-1984, Di Benedetto, Vicente Jockey Club de Buenos Aires y otro, J.A. 984-IV600).

En el fallo Ruiz Vigil, Encarnación v. Producciones Poliexpress (Cam. Nac.Civ. Sala D, 9/10/2003) el Tribunal relativiza la falta de registración de la obra de la autora y sostiene que sin perjuicio de ella la ley ampara el derecho de autor desde su creación.

La inscripción de la obra publicada confiere al autor la presunción *juris tantum* de su originalidad y propiedad, (Lopez Cancelo, Jose Antonio y otros/sobreseimiento y costas, Cam, Nac, de Apel. en lo Crim y Corr. Sala I, 4/3/2005) si su creación intelectual no es original, por más que haya sido inscripta, podemos aseverar que no existe *derecho intelectual*.

La inscripción es una formalidad fundamental, para el amparo de los derechos de autor. La obra que no se registra, está inmersa en el dominio público y cualquier persona puede usarla, sin que perjudique el derecho patrimonial del autor.

Los derechos morales hacen referencia al derecho personal que reconoce la autoría de la obra y protege la relación entre el autor y su obra. La obra es la creación de su autor, por tal motivo los derechos morales no pueden ser transferidos, embargados o renunciados y no tienen limitación en el tiempo. La jurisprudencia dijo al respecto: "*La cesión del derecho patrimonial de un artista no implica la trasmisión del derecho moral que permanece en cabeza del mismo*", (Cámara Nac. de Apel. Penal, Sala III, del 18/9/1996, Michard, Diego, en LL 2000-A, 553).

Los derechos morales otorgan a su autor la facultad de poder reivindicar su autoría en cualquier momento, aunque no tenga los derechos patrimoniales. Este derecho no se pierde por la falta de inscripción. Del requisito del registro de una obra mediante el depósito legal e inscripción de una obra no surge el derecho del autor que nace cuando esta es materializada y publicada.

Otro efecto que posee la inscripción registral es que permite promover acciones cautelares, civiles o penales.

"El registro de una obra es una formalidad esencial a los efectos del amparo judicial puesto que responde al propósito de identificar al autor y a la creación"

intelectual, fin primordial para el que se ha creado el Registro Nacional de la propiedad intelectual" (CNCiv. Sala B, 3-8-1982, ED. 102-623). Otro fallo judicial manifiesta: *"No obstante, el registro no es una condición de la protección penal"* (Cámara Nac. de Apel. Penal, Sala III, del 18/9/1996, Michard, Diego, en LL 2000-A, 553).

Podemos decir, que hay obra intelectual siempre y cuando el trabajo intelectual de una persona sea la expresión de su propia creatividad, individualidad, estilo, ingenio y talento aunque coexista con *"una ilimitada posibilidad de expresiones individuales de las mismas ideas, de los mismos estilos y de los mismos géneros"* (VILLALBA, 1986: 317). La autoría de cada individuo obedecerá de lo que haya incorporado a su creación, aunque sea ínfimo.

El destino de una obra no tiene ninguna trascendencia a los efectos de la protección, pues una obra original que posea la impronta de la personalidad de su autor es resguardada ya sea que esté destinada a fines culturales, educacionales o comerciales.

La certeza, resultado de la seguridad jurídica que brinda el registro, unida al principio registral de publicidad, otorga beneficios ostensibles para los autores, titulares de los derechos y cesionarios en cuanto a prueba y garantía de sus derechos.

BIBLIOGRAFÍA

BECERRA RAMÍREZ Manuel, 1998, (COMPILADOR-VARIOS AUTORES), *Estudios de Derecho Intelectual en Homenaje al Profesor David Rangel Medina*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México.

BERCOVITZ Alberto, 2004, *Apuntes de Derecho Mercantil*. Quinta Edición (revisada, ampliada y puesta al día). Edit. Aranzadi. Navarra. España.

BERCOVITZ Alberto, 2002, *Introducción a las Marcas y otros Signos Distintivos en el Tráfico Económico*. Edit. Aranzandi, Navarra, España.

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Noviembre de 2013- A3.V2.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

BODENHAUSEN, G.H.C., 1969, Guía para la Aplicación del Convenio de Paris para la protección de la propiedad industrial revisado en Estocolmo, BIRPI 1967. BIRPI, Ginebra. Suiza.

BOTTARO, Raúl, 1992, "La piratería y la fotocopia de libros". *La Ley*, Boletín diario 26 de junio, Argentina.

CABALLER LEAL, Jose Luis, 2004, *Derecho de autor para autores*, Ed. CERLALC, Colombia.

EMERY, Miguel Angel, 1986, "La protección de los modelos y obras de arte o ciencia aplicada al comercio o a la industria en la ley 11.723 y en el decreto ley 6673/63. L.L. Argentina.

GÓMEZ SEGADE José Antonio, 1974, *El Secreto Industrial*. Edit. Tecnos. Madrid.

HAUSER, Arnold, 1993, *Historia social de la literatura y el arte*, Edit. Labor S.A. España.

JALIFE DAHER Mauricio, 1998, *Comentarios a la Ley de la Propiedad Industrial*. Edit. McGraw Hill-Serie Jurídic. México.

LANGENAUER, Inés B., 1994, "El software en la ley 11.723". E. D. 132. Argentina.

LIPSYC Delia, 2004, *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*. UNESCO, París, Francia, CERLALC, Bogotá, Colombia, ZAVALIA, Buenos Aires, Argentina.

LIPSYC Delia, 2007, *Derechos de Autor y Derechos Conexos*. Ediciones UNESCO, CERLALC, ZAVALIA. Paris. Bogotá. Buenos Aires. Argentina.

LIPSYC Delia y VILLALBA Carlos A., 2001, "EL Derecho de autor en Argentina". LA LEY, Fondo Editorial de Derecho y Economía, Argentina.

LOREDO HILL, Adolfo, 1998, *La naturaleza jurídica de los derechos de autor*, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, Méjico.

NICOLAU, Noemí Lidia, "La registración de los derechos intelectuales", (Cuestiones prácticas relativas a la inscripción y sus efectos). <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/tdc/article/view/1009/939>.

OMPI-MASOUYÉ Claude, 1978, Guía para la aplicación del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de París 1971). OMPI. Ginebra. Suiza.

OBÓN LEÓN J. Ramón, 1996, *Derecho de los Artistas Intérpretes (actores, cantantes y músicos ejecutantes)*. Ed. Trillas. México.

PEIRETTI, Graciela, 2000, [http://www.cadra.org.ar/upload/Peiretti_Registro_DND A.pdf](http://www.cadra.org.ar/upload/Peiretti_Registro_DND_A.pdf)

RENGIFO GARCIA, Ernesto, 1997, *Propiedad intelectual. El moderno derecho de autor*. Universidad Externado de Colombia.

SINGER, Ignacio Juan, 1997, Los derechos de autor y sus implicancias prácticas. JA. 1977-IV. Argentina.

VILLALBA, Carlos Alberto, 1986, La ética en la tutela de las obras intelectuales. LL. 1986-C. Argentina.

Cita de este artículo:

MANRIQUE, E. (2013) "Derechos intelectuales. Aspectos registrales." *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Noviembre de 2013, Año 3, Vol. 2. pp. 12-28. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA REGISTRACIÓN EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Ana Gabriela Brizuela

Abogada, Escribana Pública Nacional.
Profesora Jefe de Trabajo Prácticos de
Derecho Registral, Derecho Notarial II
Universidad Nacional de La Rioja.

Palabras claves:

*Registración, notas,
Código Civil.*

Key words:

*Registration notes,
Civil Code.*

Resumen

El Derecho Registral Argentino ha tenido desde su origen una lenta evolución: esto ha estado signado por la posición concreta del máximo codificador de la república Argentina. Con el paso de los años, la necesidad de dar seguridad jurídica ante ciertos bienes o hechos, ha tornado cada vez más necesaria y frecuente la legislación sobre distintos tipos de registros.

Abstract

The Argentine Registration Law has had from the beginning a slow evolution: this has been marked by the highest specific position encoder of the Republic Argentina. Over the years, the need for legal certainty to certain goods or facts, has become increasingly necessary and common law different types of records.

INTRODUCCION

La historia legislativa de la registración en la República Argentina tiene como punto de partida la nota al art. 3203 Del Código Civil.

Previo a realizar el análisis del tema propuesto considero oportuno realizar un análisis y valoración de las notas y citas que figuran en el Código Civil.

Las notas en el código Civil son de trascendental importancia por cuanto muchas veces constituyen un trascendente acervo doctrinario vigente a nuestros días.

Dalmacio Velez Sarfield en una nota dirigida al Ministro de Justicia, Eduardo Costa, Donde eleva el Proyecto del Libro primero del Código Civil, expresa "...Me he visto en la necesidad de poner muchas veces largas notas en artículos que resuelven antiguas y graves cuestiones entre los jurisconsultos, o cuando ha sido preciso legislar en puntos de derecho que debían ya salir del estado de la doctrina y convertirse en leyes"¹.

Es sabido, que por imperio legal, las notas carecen de fuerza normativa, pero no menos cierto resulta que muchas veces clarifican lo preceptuado en la norma de fondo.

En su Oficio de Remisión del proyecto de Código Civil Vélez Sársfield dice "...Previendo que puede haber supresiones o adiciones en los artículos... cada título lleva una numeración particular, y así las que se hicieron no alterarán sino la numeración en cada título y no toda la obra. Cuando el Código haya de publicarse con las variaciones que se le hubiesen hecho, entonces, suprimidas las citas, concordancias y notas, se pondrán todos los artículos bajo una sola numeración y se corregirán en el cuerpo de ellos las referencias que se hacen". De ello surge con claridad que el codificador creía que el proyecto iba a ser revisado o que podría sufrir modificaciones, por lo que prevé que las citas y notas serían eliminadas.

Las notas del código civil han sido de inspiración para otros códigos y normas en el mundo.

¹ - MOISSET DE ESPANÉS, Luis, (1977), "REFLEXIONES SOBRE LAS NOTAS DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO Y LA PUBLICIDAD REGISTRAL", Trabajo publicado originariamente en J.A., 1977-II-755.

DE LA OPINIÓN DE VÉLEZ SARFIELD SOBRE LOS REGISTROS

En la nota al Art. 3203 del Código Civil, nuestro codificador, Dalmacio Vélez Sarfield, ha plasmado su visión al respecto, al decir *“Se juzgó pues indispensable que constara en registros públicos la genealogía, diremos así, de todo bien inmueble, las cargas que reconociese, y las limitaciones que los contratos u otros actos jurídicos hubieren impuesto al dominio privado.*

Con esta mira se han creado registros públicos en muchas naciones, en los cuales las leyes mandan inscribir los títulos traslativos del dominio de los inmuebles, los títulos en que se constituyan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso o habitación, enfiteusis, censos, hipotecas, servidumbres, las sentencias ejecutoriadas que causen mutación o traslación de propiedades de bienes inmuebles, los testamentos que transfieran bienes raíces al heredero o legatario, las adjudicaciones de esos bienes en particiones aprobadas, los arrendamientos de las fincas que excedan de un cierto número de años, la anticipación de alquileres, de las cláusulas de restitución o reversión en las convenciones de bienes inmuebles, las reservas o condiciones que lleven consigo, la revocación, resolución o suspensión de la libre facultad de disponer de la propiedad; en fin, toda obligación que grave la propiedad territorial o que dé sobre ella un derecho real.

Para dar cumplimiento a leyes de esa importancia, se han dictado los reglamentos más prolijos, se ha hecho un verdadero código del que nacerán más cuestiones que las que por esas leyes y reglamentos se han querido evitar. Basta ver la ley hipotecaria de España los reglamentos que la acompañan, las explicaciones y comentarios que lleva, para comprender las dificultades a que dará ocasión todos los días.

En algunas naciones, como en Francia, se ordena, no la mera inscripción de los títulos expresados, sino su transcripción literal, lo que sería entre nosotros sumamente dispendioso.

La inscripción de los títulos se pone a cargo de un oficial público que debe hacer un extracto del título que deba inscribirse.

Los títulos que no estén inscriptos no perjudican a terceros, y así si un propietario enajena una finca por escritura pública y da la posesión, mientras no haya inscripto el título podrá enajenarla a otro.

Pero entre tanto la inscripción no valida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes.

Un acto de enajenación no constituye la prueba del derecho del que enajena, ni por consiguiente del derecho del que adquiere, pues que nadie transmite más derechos que los que tiene. Los títulos inscriptos, pues, pueden ser anulados, ya por vicios intrínsecos, como falta de capacidad de los contrayentes, o por falta de verdadero consentimiento, o por vicios de forma.

En algunas naciones se ha creído que se podía liquidar la sociedad en todos sus bienes raíces, y se ha mandado inscribir todos los títulos existentes sobre dichos bienes. En otras se han fijado diversos plazos para hacerlo de dos, diez y veinte años. Otras han ordenado que la inscripción sea voluntaria, y que vaya haciéndose, a medida que vayan transmitiendo o gravándose los bienes raíces.

No conocemos los resultados de un sistema tan vasto, ni calculamos su extensión en pueblos en que puede ser tanta la subdivisión de la propiedad por la ley de las sucesiones. Entre tanto, en naciones como la Francia, en que no sólo se exige la inscripción de los títulos de los inmuebles y de todas sus desmembraciones, sino que es necesaria la transcripción íntegra de ellas, se dejan subsistentes, sin embargo, las hipotecas tácitas de las mujeres casadas y las de los menores: suficiente para hacer inútil todas las reformas del sistema hipotecario.

Nosotros no nos hemos decidido a proponer leyes semejantes. Creemos que sólo debía hacerse lo más indispensable: reglar de una manera precisa los derechos hipotecarios y concluir con las hipotecas legales hasta que la experiencia y el ejemplo en otras naciones, nos enseñen los medios de salvar las dificultades del sistema de inscripción de todos los títulos que hemos mencionado. El cuidado de la legalidad de los títulos que se transmitan, queda al interés individual siempre vigilante, auxiliado como lo es en los casos necesarios, por los hombres de la profesión. Si aun así quedan algunos embarazos al sistema hipotecario, diremos que las leyes que crean los registros públicos, tampoco han alcanzado a salvarlos todos, a

pesar de los costos y dificultades que imponen a la transmisión de todos los derechos reales.

La inscripción no es más que un extracto de los títulos y puede ser inexacta y causar errores de graves consecuencias. La inscripción nada garantiza ni tiene fuerza de verdadero título, ni aumenta el valor del título existente. Apenas fija en cabeza del adquirente los derechos que tenía su antecesor; no designa, ni asegura quién sea el propietario, a quien verdaderamente pertenezca la cosa. Si fuese posible por ese sistema la legitimación de la propiedad, el examen justificativo debería confiarse a una magistratura que conociera la verdad de los actos y sus formas necesarias, pero entonces se transformaría su jurisdicción voluntaria en contenciosa, sometiéndose la voluntad libre de las partes a una autoridad que ellas no habían reclamado.

Lo que prescriben las leyes de los Estados que han creado los registros de las propiedades para salvar la ilegitimidad de los títulos, ataca en sus fundamentos el derecho mismo de propiedad. Si el oficial público se niega a registrar un título por hallarlo incompleto, ¿puede el interesado ocurrir al juez ordinario y comenzar ante él un verdadero juicio sobre la propiedad? ¿Pero con quién litiga el propietario que está en pacífica posesión de su derecho, aunque sea por un título que no esté bajo las formas debidas, o que aparezca con un vicio, por ejemplo, la incapacidad para adquirir o transmitir derechos reales? ¿Qué género de pleito será ése que no tiene contradictor alguno a la propiedad? ¿Cómo obrará el Poder Judicial, sin que el interés de las partes venga a solicitar su intervención? Entre tanto, el título no podrá registrarse, ni se podrá imponer una hipoteca en esa propiedad, aun cuando lo quieran el acreedor y el deudor.

En un país como el nuestro, donde el dominio de los inmuebles no tiene en la mayor parte de los casos títulos incontestables, la necesidad del registro público crearía un embarazo más al crédito hipotecario. El mayor valor que vayan tomando los bienes territoriales, irá regularizando los títulos de propiedad, y puede llegar un día en que podamos aceptar la creación de los registros públicos. Hoy en las diversas provincias de la República sería difícil encontrar personas capaces de llevar esos registros, y construir el catastro de las propiedades, y sus mil mutaciones por la división continua de los bienes raíces que causan las leyes de la sucesión,

sin sujetar la propiedad a gravámenes que no corresponden a su valor para satisfacer los honorarios debidos por la inscripción o transcripción de los títulos de propiedad.

De esta nota se desprende que el codificador ha preferido no legislar sobre los registros de la propiedad, aduciendo entre otras cuestiones las siguientes:

- Falta de personas capaces de llevar esos registros
- Territorio extenso
- Diversidad de situaciones que pueden afectar los inmuebles
- Altos costos debido a la inscripción o transcripción de los títulos de propiedad

Esta situación ha variado notablemente a través de los años donde se ha regulado sobre distintos tipos de Registros.

Así la Ley 17801 del 28 de junio de 1968 ha creado el registro de la Propiedad Inmueble. Esta norma rica en cuanto a principios registrales ha sido el basamento de otras normas y de vigencia a la fecha.

También se ha regulado sobre Registro de Aeronaves (Ley 17.285) , Registro Civil del Estado y Capacidad de las Personas (Ley 26.413), Registro de Buques (Ley 20.094); Registro Público de Comercio (Código de Comercio Argentino), Registro de Marcas y Señales (Ley 22.939), etc.

Más recientemente a nivel nacional se han creado registros dependientes de distas áreas, por ejemplo:

1.- **Registro Nacional de Datos Genéticos vinculados a Delitos contra la Integridad Sexual**, el que funcionará en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Esta ley fue sancionada el 3 de Julio de 2013 y promulgada el 23 de julio de 2013.

Se publicó en el boletín Oficial el 24 de julio del mismo año.

Este Registro tendrá por fin exclusivo facilitar el esclarecimiento de los hechos que sean objeto de una investigación judicial en materia penal vinculada a delitos contra la integridad sexual previstos en el Libro Segundo, Título III, Capítulo II del Código Penal, con el objeto de proceder a la individualización de las personas responsables.

2.- La Ley 7775 de la Provincia de Salta crea el Registro Provincial de Condenados vinculados a Delitos contra las Personas y contra la Integridad Sexual.

Fue Sancionada el 25 de junio de 2013 y publicada en el Boletín oficial el 22 de julio del mismo año.

Este Registro tiene por fin exclusivo facilitar el esclarecimiento de los hechos que sean objeto de una investigación en materia penal vinculada a delitos contra las personas, previstos en el Libro Segundo, Título I, y contra la integridad sexual previstos en el Libro Segundo, Título III, Capítulo II, Capítulo III y Capítulo IV, del Código Penal de la Nación, cometidos en la provincia de Salta.

Para su cumplimiento, la autoridad de aplicación, deberá asentar y actualizar, previa orden judicial, toda la información establecida en la presente Ley con relación a las personas que hayan sido condenadas, mediante sentencia firme pasada en autoridad de cosa juzgada.

3.- Mediante Resolución 961/13 del Ministerio de Salud se crea el **Registro Nacional de Personas Internadas por Motivos de Salud Mental del Ministerio de Salud (Resam)** incorporándolo al Sistema Nacional Único de Información Sanitaria (S.U.I.S.). Fue emitida el 30 de julio de 2013 y se publicó en el Boletín Oficial el 5 de Agosto de 2013.

4.- Ley 7255 de Resistencia- Chaco crea "**Registro de Deudores Hipotecarios de Vivienda Única de la Provincia del Chaco**".

Este registro tiene por objeto relevar el universo de deudores que se describen en el artículo 4º y que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 5º de la presente ley. La simple inscripción no implica la obtención automática de subsidio, quita, espera, perdón ni circunstancia alguna que pueda alterar la relación jurídica habida entre el deudor y el acreedor.

La Ley fue sancionada el 19 de junio de 2013 y se promulgo el 12 de julio de 2013, publicándose en el Boletín Oficial el 24 de julio de 2013.

5.- Decreto 1.315/2013 **Registro Nacional de Productores de Software y Servicios Informáticos.** Este Decreto nacional de fecha 9 de septiembre de 2013 publicado en el Boletín Oficial el 16 de septiembre de 2013.

El Decreto atiende a *los diferentes efectos positivos que han contribuido al crecimiento y desarrollo económico, y que se ven reflejados tanto en lo*

que respecta a la creación de empleo calificado como en el desarrollo de actividades de investigación y desarrollo, aumento de las exportaciones y obtención por parte de las beneficiarias de certificaciones de calidad.

Los registros han sido seleccionados por una cuestión temporal, lo que no implica la creación de otros.

Luis MOISSET de ESPANÉS nos dice “debemos insistir en que el Registro encuentra su justificación en la necesidad de dar publicidad a las relaciones o situaciones jurídicas existentes, y brindar de esta manera protección efectiva a todas las personas interesadas. Esta finalidad es uno de los principios rectores de toda ley registral...”² .

No podemos olvidar que el fin de los registros es “es lograr la adecuada publicidad de las relaciones o situaciones jurídicas existentes. La necesidad de mejorar los sistemas de publicidad se hace sentir especialmente en el campo de los derechos reales.”³

Concluyendo, de estas innovaciones normativas se desprende que con meridiana claridad que a través de tintos organismos legislativos (nacionales, provinciales, etc,) se ha revertido la originaria posesión de Dalmacio Velez Sarfield, ya sea por haber superado la idea de carecer de personas capacitadas o por la simple razón que el objeto de registración se impone por su importancia social.

² MOISSET de ESPANÉS, Luis, (1971), “**CERTIFICADOS E INFORMES del Registro de la Propiedad Inmueble** (ley 17.801)” por Publicado en Revista Notarial de Córdoba, año 1971, N° 21, p. 63, y en el E.D. 40-723.

³ Ibidem

BIBLIOGRAFIA

MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, 1977, "Reflexiones Sobre Las Notas Del Código Civil Argentino y La Publicidad Registral". J.A., 1977-II-755. Argentina.

MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, 1971, "CERTIFICADOS E INFORMES Del Registro De La Propiedad Inmueble (ley 17.801)". Revista Notarial de Córdoba, Argentina.

Cita de este artículo:

BRIZUELA, A. G. (2013) "Evolución histórica de la registración en la Republica Argentina" *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Noviembre de 2013, Año 3, Vol. 2. pp. 110-118. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

EL JUS COGENS Y SU IMPRONTA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA

Sebastián F. García Amuchástegui

Abogado, Especialista en Derecho Judicial
y de la Judicatura (UCC), Diplomado en
Derecho Procesal Penal por la Facultad
de Derecho y Ciencias Sociales (UNC).

Palabras claves:

*Costumbre, principios
generales del derecho,
derecho penal, derechos
humanos.*

Key words:

*Tradition, general
principles of law, criminal
law, human rights*

Resumen

La aplicación de la norma de *jus cogens* en el ámbito interno por parte de la CSJN constituye, aún hoy, una cuestión de incipiente análisis doctrinario pero, por sobre todo las cosas, de alto interés práctico.

Abstract

The application of the rule of *jus cogens* internally by the Supreme Court is, even today, a point of incipient doctrinal analysis but, above all things, high practical interest.

Introducción

La República Argentina al igual que la mayoría de los Estados que integran la comunidad internacional, se encuentra inmersa dentro de un sistema normativo de índole supranacional que afecta, según la adopción que cada país haga del mismo, el orden jurídico interno.

Dicha aseveración, que encuentra sustento insoslayable en la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) en materia de derechos humanos se ve plasmada, específicamente, en el ámbito del derecho penal y, en lo que aquí interesa, en la concepción actual en torno a la validez temporal de la ley penal en relación a los denominados delitos de lesa humanidad.

En tal sentido, el máximo órgano judicial argentino al resolver las causas sometidas a su consideración, en especial las referidas al juzgamiento de los crímenes de Estado ocurridos en la República Argentina entre los años 1976-1983, aplicó en sus sentencias normas del derecho internacional¹; ya sea tanto en lo que se respecta a los tratados internacionales, toda vez que los mismos se encuentran expresamente establecidos en la Constitución Nacional como fuente normativa a través de lo establecido en sus arts. 27, 31 y 75.22, como también, otras fuentes del derecho internacional (v.gr: *costumbre internacional y principios generales del derecho*) las cuales, vale recordar, no se encuentran explícitamente indicadas en la CN, lo cual no lució como óbice para que el citado tribunal las hiciera derivar de la referencia al "Derecho de Gentes" contenida en el art. 118 de la CN y, en definitiva, las aplicara a los casos sujetos a su consideración.

Y es, en este último supuesto, en donde se encuentra el objeto de estudio del presente trabajo. En efecto, como ya se adelantó, la CSJN admitió, sin tapujos, el carácter de fuente normativa de la costumbre internacional en el orden interno, justificando por consiguiente, el ingreso de la norma de *jus cogens*² como fuente normativa de primer orden con

¹ Por citar algunos: 1) CSJN, 02/11/1995 - Priebke, Erich s/ solicitud de extradición / causa n° 16063/ 94) - A 1996-I-328.Fallos 318:2148, 2) 24/08/2004 - Arancibia Clavel, Enrique L. - SJA 2004-IV-426, 3) CSJN, 14/06/2005 - Simón, Julio H. y otros s/privación ilegítima de la libertad -SJA 2/11/2005, etc.

² Con tal carácter (es decir de derecho consuetudinario). Se señala esto porque, como ya se verá, la naturaleza de la norma de *jus cogens* constituye, aún hoy, una cuestión controvertida.

prevalencia sobre la primera parte de la constitución y los principios de derecho público consagrados en la misma³.

Dicha cuestión implicó, en lo concreto, que la mayoría de las conductas imputadas a los supuestos autores de los *crímenes de lesa humanidad* ocurridos en nuestro país fueran consideradas imprescriptibles, a partir de estimar -principalmente- que al momento de comisión de las mismas existía una costumbre internacional⁴ (*jus cogens*) que ya los consideraba en tal sentido, sorteando de esta manera los problemas de aplicación retroactiva de la ley penal -y por consiguiente de contraposición expresa al principio de legalidad penal previsto en el art. 18 de la CN- que podían surgir de fundarse la imprescriptibilidad de los crímenes de Estado sólo en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, la cual fue ratificada por la República Argentina entre los años 1995 (ley 24.584 de aprobación) y 2003 (decreto 579/2003 del PEN de adhesión)⁵, adquiriendo jerarquía constitucional también en el mismo año (ley 25.778).

Es por ello, que en el presente trabajo se pretende escrudiñar el verdadero sentido y alcance que la norma de *jus cogens* encuentra, tanto en el ámbito doctrinario como jurisprudencial (nacional e internacional) y, a partir de ello, determinar si su aplicación, en el caso concreto, por parte de la CSJN puede traer aparejado aquello que se ha dado en llamar **neopunitivismo**, o mejor dicho, en términos del Dr. Daniel Pastor, la realización de un derecho penal a ultranza en donde, en la mayoría de los

³ DRNAS de Clément, Z, SARTORI, Susana M, 2010, *La aplicación del Derecho Internacional en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*, Lerner Editora, Córdoba, pág. 28.

⁴ No debemos olvidar en este acápite que en otros campos del derecho se reconoce, junto al Derecho Legal, el Derecho consuetudinario (no escrito). Sin embargo, el hecho de que la punibilidad no pueda fundamentarse o agravarse por Derecho Consuetudinario es una consecuencia obvia de la norma que prescribe que la punibilidad sólo se puede determinar **legalmente**. Es por ello que se afirma que, del tenor literal y del sentido del principio de legalidad se sigue necesariamente que en Derecho Penal está prohibida la aplicación del Derecho consuetudinario en perjuicio del reo. Así lo entiende Claus Roxin, quien al rechazar que el derecho consuetudinario pueda fundamentar o agravar la pena sostiene que "(...) *En cambio, a efectos de atenuar y eximir de responsabilidad penal el Derecho consuetudinario es admisible sin restricciones, exactamente igual que la analogía favorable al reo (...)*" ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, traducción de la 2º. Edición alemana por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, p. 159 y 161.

⁵ PASTOR, Daniel R., 2011, "Los fundamentos apócrifos de una imprescriptibilidad selectiva (o la prescriptibilidad penal como garantía de seguridad jurídica)", en *Derecho Penal y Democracia. Desafíos actuales*, libro homenaje al Prof. Dr. Jorge De La Rúa, Astrea, Córdoba, p. 673.

casos, las garantías penales fundamentales se ven menoscabadas por un incipiente interés en el castigo de cualquier persona catalogada "prima facie" como violadora de los derechos humanos esenciales.

En tal sentido, interrogantes tales como: ¿Es cierto que al momento de la comisión de los hechos considerados como crímenes de lesa humanidad en nuestro país existía en el ámbito internacional una *opinio iuris sive necessitatis* en la práctica sucesiva o instantánea de los Estados de tal envergadura, que permitiera afirmar la existencia de una costumbre internacional que considerara imprescriptibles a los delitos de lesa humanidad? ó ¿Se ha constituido la CSJN en una suerte de colegisladora en materia de delitos de lesa humanidad? ó ¿Puede fundarse la imprescriptibilidad de un delito de lesa humanidad primordialmente en el derecho de gentes? se presentan como de ineludible tratamiento, máxime si, como es sabido, en materia penal⁶, por regla, la única fuente de producción es la ley⁷, es decir aquella dictada conforme los cánones establecidos en la CN⁸.

⁶ Por lo menos en el sistema continental, del cual la Rep. Argentina forma parte.

⁷ Ver en tal sentido: SOLER, S., 1963, *Derecho Penal Argentino*, Tomo I, TEA, Bs. As., pág. 121.

⁸ Así, se ha afirmado: "(...) que el tema de las fuentes (propio de la teoría general del derecho que (...) además de la ley reconoce también el carácter de fuente a la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina, los tratados internacionales, los principios generales del derecho (...) en la mayor parte de los casos ha sido elaborado teniendo en miras el ordenamiento jurídico en su totalidad, razón por la cual muchas de sus proposiciones pensadas para captar otras situaciones jurídicas muy diversas, no son válidas y aplicables sin más ni más a una parcela del mundo normativo que, como el derecho penal moderno -en virtud de sus particulares y perentorias exigencias de seguridad y certeza- rechaza una concepción pluralista en esta materia. Ello así, por cuanto a partir de la efectiva realidad de los postulados políticos e ideológicos del Iluminismo, ha arraigado firmemente en el derecho penal occidental la vigencia plena del principio "nullum crimen, nulla poena sine praevia lege" (...)". FIERRO, Guillermo J., *Legalidad y retroactividad de las normas penales, fuentes del derecho, legalidad en el Derecho Tributario, procesal penal y aduanero*, 1 ed, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, pág. 45/46.

CAPITULO I

JUS COGENS

1. Origen. Evolución histórica

Una de las máximas establecidas en el derecho romano antiguo prescribía que las reglas emanadas del *ius publicum* no podían ser derogadas por las convenciones particulares (*ius publicum privatorum pactis mutari non*). Dicho apotegma implicaba, en lo concreto, que el acuerdo de partes se presentaba como ineficaz para sortear las reglas jurídicas de índole públicas que regían en general, lo cual ha sido considerado, por algunos doctrinarios, como el arquetipo más remoto del *rasgo esencial* al que alude la norma de jus cogens: la inderogabilidad de la norma imperativa por un acuerdo inter partes⁹.

Con el transcurso del tiempo el aforismo de mención fue traspelado al derecho positivo de todos los Estados de tradición romanista, cuyo ejemplo más claro, lo encontramos en el art. 6 del Código Napoleónico¹⁰. Es en este contexto histórico en donde las normas imperativas denotaban -en el plano interno- la premisa de que el orden público¹¹ y las buenas costumbres no podían ser derogados por la voluntad de los particulares. Había pues, un derecho imperativo o impositivo, un *jus cogens*¹², el cual, si bien, no era

⁹ GÓMEZ ROBLEDO, A., 2003, *El ius cogens internacional, Estudio crítico-histórico*, Segunda edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina jurídica, Núm. 147, Universidad Nacional Autónoma de México, Méjico, pág. 01.

¹⁰ "On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intérrsent l' ordre public et les bonnes moeurs". DRNAS de Clément, Z, "Las normas imperativas de Derecho (...)", op. cit. pág. 01.

¹¹ Las normas de *jus cogens* han sido comparadas con normas nacionales de orden público. De hecho, *ius cogens*, es visto como una forma de realización del principio de que "ciertos tipos de contratos son, por su propia naturaleza, perjudiciales para la sociedad y por lo tanto contrarios al orden público". REITER-KORKMAZ, Axelle, "Going Global: Individual Rights, Universal Norms and the Existence of an Overarching Normative Hierarchy in International Law", *European Journal of Legal Studies* ([http:// www.ejls.eu/4/53UK.htm](http://www.ejls.eu/4/53UK.htm)).

¹² GÓMEZ ROBLEDO, A., "El ius cogens internacional, Estudio crítico-histórico (...)", op. cit. pág. 3/4.

conocido en la antigüedad con este último término¹³, sí reunía algunos de los rasgos característicos que hoy presenta la mentada norma jurídica.

Dicho derecho imperativo llevaba ínsito, en su esencia, la premisa excluyente de la existencia de un conjunto de reglas de derecho que excluían toda actitud arbitraria de las personas privadas, aplicándose incluso, aunque las partes no lo quisieran o aceptaran.

En tal sentido, algunos autores han sostenido que la idea de normas imperativas, no derogables, tuvo su origen en la labor propia desarrollada por los pandectistas y no en el derecho romano antiguo. Para Paul Guggenheim:

"(...) La expresión jus cogens aparece en primer lugar con los pandectistas. Fue Windscheid quien buscó definirla como las reglas de derecho que excluyen toda actitud arbitraria de las personas privadas, estas se aplican aunque las partes quieran excluirlas, estas se imponen (...)"¹⁴.

Como se desprende, los mencionados *antecedentes remotos* del jus cogens trazan una distinción evidente entre el denominado derecho dispositivo, más propio del derecho de índole privado, y las normas integrantes del derecho público entre las cuales se encuentran incluidas, indudablemente, las normas de derecho penal¹⁵.

Es que, como es sabido, en materia de contratos rige, por regla, el principio de la autonomía de la voluntad¹⁶ por medio del cual se consagra que cada individuo es libre para crear y modificar su propia situación jurídica, poseyendo la facultad de no obligarse, o de precisar las reglas bajo las cuales contrata; pero una vez empeñada su palabra, debe cumplirla¹⁷,

¹³ Es que el jus cogens (como ya se verá, en el capítulo 2 del presente trabajo) formalmente, con esa designación, recién ingresó en el Derecho internacional a través de los Proyectos de la Comisión de Derecho Internacional de la Naciones Unidas (CDI) sobre Derecho de los Tratados y sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos ilícitos.

¹⁴ GUGGENHEIM, P., 1967, *Traité de droit international public*, ed., Librairie Georg, Ginebra, pág. 128.

¹⁵ En el Asunto del Sudoeste africano, segunda fase, en la opinión disidente del juez TANAKA se recoge la distinción entre *ius cogens* y derecho dispositivo (CIJ, *Recueil*, 1966, pág. 258 y ss.).

¹⁶ El Código Civil Argentino en su artículo 1197 establece: "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma".

¹⁷ TINTI, Guillermo P., *Autonomía de la voluntad en el contrato y criterios para su consideración judicial*, en Academia Nacional de Derecho. Dirección URL: <http://www.acaderc.org.ar>.

salvo que las mismas atenten, como ya se adelantó, contra el derecho imperativo o *jus cogens*¹⁸. Por el contrario, en las normas penales el Estado no deja librada a la voluntad de los individuos la creación de derechos, obligaciones y responsabilidades, sino que fija normas directamente destinadas a la generalidad, y procede como poder soberanamente regulador de las mismas¹⁹.

Mientras todo esto ocurría en el derecho interno, en el ámbito propio del derecho internacional público el cual, por regla, no goza (aún en la actualidad) de un legislador en sentido propio, la función singular de la norma imperativa la cumplía, para algunos, el *jus naturalis*.

En tal sentido, en los primeros albores del derecho internacional, la idea imperante consistía en la existencia de un derecho inmutable, inmanente a todo sistema jurídico que tenía su fundamento en la Ley natural²⁰.

Entre los seguidores de dicha teoría se enrolaban los teólogos-juristas españoles Francisco de Vitoria y Suárez, quienes entroncados en la concepción tomista de la Ontología de la Ley consideraban que la Ley positiva encontraba su fundamento último en la Ley natural. Fueron dichos clásicos españoles los que insertaron, finalmente, al Derecho Internacional o *Derecho de Gentes*, en el marco de la Comunidad Internacional, a partir de la idea de que el mismo recibe su razón de ser y su ámbito universal en la concepción de la "unidad del Género Humano"²¹.

Si bien, en la actualidad, tal concepción iusnaturalista (al menos en su versión más radical) ha perdido virtualidad frente a las concepciones de raigambre positivistas (v.gr: teoría de la norma fundamental suprema de

¹⁸ El art. 21 del Código Civil de la República Argentina prescribe que "*Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres*".

¹⁹ SOLER, Sebastián, 1963, *Derecho Penal Argentino*, Tomo I, TEA, Bs. As., p. 30/31.

²⁰ Por regla, todas las normas del Derecho Internacional Público son de carácter dispositivo, en el sentido de que dos Estados pueden acordar entre sí una regulación que se aparte del D.I común en la medida en que no afecte los derechos de los terceros Estados. Sin embargo, junto a estas normas hay otras que los Estados tampoco pueden modificar inter se. Así, por ejemplo, ya con anterioridad a la Carta de la Organizaciones de Naciones Unidas eran nulos los tratados que se opusiesen a las buenas costumbres (contra *bonos mores*).

²¹ DIEZ DE VELASCO VALLEJO, 1983, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tomo I, sexta edición, Tecnos, Madrid, p. 73.

Hans Kelsen, teoría dogmática de Perassi, etc.) lo que se debe tener en cuenta es que **siempre**, desde antiguo, **han existido normas taxativas** (*jus cogens*), toda vez que, al menos en teoría, siempre fue impensable ponderar la existencia de un ordenamiento jurídico que desconozca en absoluto bienes e intereses jurídicamente protegidos ^{22 23}.

Lo cierto es que el *jus cogens* -tal como se lo conoce en la actualidad- adquirió su verdadera impronta en el Derecho Internacional a través de las labores de la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de Naciones Unidas²⁴ en materias vinculadas de responsabilidad y derecho de los tratados²⁵.

Fue en la actividad desarrollada por dicha Comisión, más precisamente en la tarea de codificación del derecho de los tratados, en donde se fueron pergeñando y definiendo algunos de los perfiles que hoy caracterizan a la norma de *jus cogens* y, en donde, se consagró a la misma como parte integrante del derecho internacional convencional.

En efecto, si bien la mencionada Comisión en sus diversas actividades anteriores a la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados (1968-1969) ya había esbozado algunas ideas a través de sus relatores sobre la existencia de normas imperativas (v.gr: proyecto de Sir

²² VERDROSS, Alfred, 1976, *Derecho Internacional Público*, 5º edición alemana, refundida y aumentada con la colaboración de Stephan Verosta y Karl Zemanek, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, pág. 112.

²³ Lo dicho no debe ser entendido en el sentido de que el derecho penal no involucra normas de *jus cogens*. Por el contrario, para ciertos autores es en el ámbito propio del denominado *Derecho Penal Internacional* en donde se avizoran la existencia de normas penales, que pueden ser NO ESCRITAS, pero presentes en la conciencia internacional como una norma del "ius cogens". El principio del nulla crimen sine lege (scripta) no tiene vigencia en este Derecho Penal. (Ver en tal sentido: DOBOSEVK, *La Jurisdicción internacional Penal*, en *Aequitas virtual*, publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional del Salvador, en página web: www.usal.edu.ar).

²⁴ Precisamente, en los informes elaborados por el relator **Sir H. Lauerpacht** (1953) sobre la validez de los tratados en relación a la legalidad de su objeto es que, **por primera vez, se hizo referencia al carácter cogent de estas normas**. La definición dada por Lauterpacht introduce por primera vez el concepto de "cogent", que de conformidad con el Merriam Webster Dictionary significa, "having the power to compel or constrain". En castellano no existe una acepción equivalente, razón por la cual, se deja la palabra "fuerte" a sabiendas de que no refleja en su totalidad el concepto de la palabra en inglés. (Cfre: VARON MEJIA, Antonio, *Orden Público Internacional y Normas Jus Cogens: Una perspectiva desde la Comisión de Derecho Internacional y la Convención de Viena de 1969*, publicado en Dialnet Dirección URL: <http://www.dialnet.unirioja.es>).

²⁵ DRNAS de Clément, Z, "Las normas imperativas de Derecho (...)", op. cit. pág. 03.

Humphrey Waldock, de Fitzmaurice)²⁶, lo que interesa remarcar aquí es que, salvo algunos negadores del *jus cogens*, el debate en el proceso de codificación y desarrollo en el derecho internacional sobre la materia se dio entre dos grupos antagónicos, a saber: a) los que reconocían el *jus cogens* pero veían problemas insuperables para identificar dichas normas jurídicas y b) entre quienes confiaban en que luego de su inclusión en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, más precisamente, sobre la nulidad de cualquier tratado que contravinieran normas de *jus cogens*, es que estas últimas se irían identificando por la jurisprudencia, la *opini3n iuris* expresadas por los Estados en diversos foros internacionales y la doctrina²⁷.

Fue esta última idea la que prevaleció, toda vez que, como ya se expresó, en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados²⁸ (en adelante CVDT) se consagró al *jus cogens* en el derecho internacional convencional al incorporarlo expresamente en los arts. 53²⁹, 64³⁰ y correlativos. Sin embargo, dicha consagración no trajo aparejado, en lo concreto, que se estableciera un catálogo o enumeración de las normas que debían ser entendidas como de *jus cogens*, lo cual sigue constituyendo, como se verá en los próximos capítulos, una cuestión (al menos en ciertos aspectos) controvertida.

²⁶ Siguiendo lo señalado por Gómez Robledo, hay tres etapas que se deben distinguir: a. El anteproyecto presentado por sir Humphrey Waldock en 1963. Posición que siguen autores como Suy y Rosenne. Este es el momento en el que se explicita el término "*ius cogens*". b. Otros autores como Jerzy Sztucki consideran que el estudio normativo del *ius cogens* empieza con el proyecto presentado por Lauterpacht en 1953, quien era, en ese momento, el relator especial de la CDI para el derecho de los tratados. c. Un tercer momento está dado por el informe efectuado en 1950 por el profesor Jesús María Yepes, miembro colombiano en la CDI, quien manifestó en la Comisión su preocupación en lo relativo a la validez de los tratados internacionales en función de la licitud del objeto.

²⁷ VALLARTA MARRÓN, José Lu3s, *La argumentación jurídica en torno al jus cogens internacional*, en página web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: www.jur3dicas.unam.mx, pág. 25.

²⁸ La cual fue aprobada por la República Argentina mediante ley n° 19865, siendo ratificada por el Poder Ejecutivo nacional el 5/12/1972, encontrándose en vigor desde el 27/01/1980.

²⁹ Art. 53. Tratados que están en oposici3n con una norma imperativa de derecho internacional general ("*jus cogens*"): *Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebraci3n, esté en oposici3n con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convenci3n, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.*

³⁰ Art. 64: Aparici3n de una nueva norma imperativa de derecho internacional general ("*jus cogens*"): *Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposici3n con esa norma se convertirá en nulo y terminará.*

1.1 Concepto. Naturaleza jurídica

Una de las cuestiones complejas de la terminología del derecho internacional, se encuentra referida a la necesidad de trazar los *justos límites* de la formulación del denominado *jus cogens*. Dicha cuestión, no menor, se ve acrecentada cada vez más por el uso reiterado y sistemático que de dicho término lingüístico hacen, no solamente, las obras de doctrina, sino también los tribunales nacionales como foráneos³¹.

A priori, parecería que en cada rincón del universo jurídico se esconde un rescoldo que forma parte del difuso *contenido* de las normas que poseen el carácter de *jus cogens*, siendo aprovechada dicha situación por quienes afirman, de manera reiterada, la existencia sin parangón de la mentada norma jurídica. Ello trae aparejado *-en no pocos casos-* que el uso argumentativo (y simbólico) que de la misma se hace (al aplicarla al caso concreto), represente una aplicación inexacta de su verdadero carácter y, por consiguiente, de su impronta como norma fundamental para salvaguardar los bienes fundamentales de una sociedad dada.

Así, por un lado, se encuentran aquellos que afirman que el término *jus cogens*³² denota la idea de la existencia de *normas superiores* (imperativas) de la comunidad internacional, presentes en la cúspide de cualquier sistema

³¹ La jurisprudencia internacional ha reconocido gran cantidad de prohibiciones absolutas con fundamento en las normas de *jus cogens*. Un ejemplo claro de ello de lo constituye la labor efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cual, desde el año 2006, ha sostenido mediante reiterada jurisprudencia que "*la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarlas y sancionar a sus responsables han alcanzado carácter de jus cogens*". (Ver en tal sentido: Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas." Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153. Párr. 84. "Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas." Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 118; Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso La Cantuta Vs. Perú." Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 115 y Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas." Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202. Párr. 59).

³² No se tratará en este trabajo la relación de género a especie que existe entre las normas erga omnes y las normas de *jus cogens*. Vale aclarar, sin embargo, que la violación a cualquier de ellas constituye una lesión para toda la comunidad en su conjunto que, en el caso de primeras, conlleva a una afectación de intereses generales de la comunidad internacional y que, en el caso de las segundas, en cambio, lesionan la base misma de la comunidad, en cuanto a los elementos esenciales que le son insustituibles.

normativo³³, constituyendo una concepción de milenaria raigambre en el mundo jurídico.

En tal sentido, se aduce que el término *jus cogens* conlleva, en sí mismo, la idea de un conjunto de normas jurídicas de contenido regulador, en el sentido de aquellas que son utilizadas para identificar un comportamiento o estado de cosas ya establecido, en el cual se prescribe lo prohibido o permitido, por oposición a aquel grupo de normas de carácter constitutivo, que tienden a crear un hecho institucional³⁴.

Dentro la doctrina que afirma la existencia incontrovertible de la norma de *jus cogens* se encuentran aquellos que alegan que, en la actualidad, nadie puede negar que existen "*principios de Derecho Internacional*" que hoy tienen carácter de *jus cogens* por responder al mínimo jurídico esencial que la comunidad internacional precisa para su supervivencia en cuanto tal, así como a las necesidades morales de nuestro tiempo, incluyendo entre ellos a los "*(...) derechos fundamentales de la persona humana que todo Estado tiene el deber de respetar y proteger, no tanto a través de pomposas declaraciones políticas como por medio de reglas procesales que garanticen la puesta en práctica de aquellos derechos fundamentales (...)*".³⁵

En este mismo orden de ideas se enrolan otros que, aceptando la existencia de normas de *jus cogens*, buscan su concepto a partir del propio articulado consagrado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. En tal sentido, Acosta Estévez sostiene que dichas normas son aquellas que *no admiten acuerdo en contrario*³⁶, ya que protegen los intereses fundamentales o esenciales que la comunidad internacional precisa para su supervivencia y, en consecuencia, imposibilitan a los sujetos el sustraerse de las mismas. En otras palabras, para el autor de mención las normas de *jus cogens* se encuentran por encima de las voluntades estatales

³³ DRNAS de Clément, Z, *Las normas imperativas de Derecho Internacional General (jus cogens)*. *Dimensión sustancial*, en www.acader.org.ar.

³⁴ LINDERFALK, U. 2008, *The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever opened Pandora's Box, Did You Ever Think About the Consequences?*, EJIL, Vol. 18 n° 5, p. 1/2.

³⁵ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, 1976, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, 2da. Edición, Ed. tecnos, Madrid, pág. 279 y 284.

³⁶ Ver ut supra art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados.

en tanto que no pueden ser derogadas mediante acuerdos de voluntades entre los Estados³⁷.

Sin perjuicio de que la precedente enunciación peca de incompleta, es llamativo que la definición preponderante de la norma de *jus cogens* sea aquella que la articula como una norma jurídica que protege las bases *fundamentales de la comunidad internacional*, y que, a raíz de ello, no admite acuerdo en contrario. Es que, como se puede inferir, el término en cuestión puede ser interpretado de diversas maneras y con distintos matices.

No es que escape al sentido común, la idea obvia de que la violación directa de los derechos humanos fundamentales del hombre constituye, sin lugar a dudas, un ataque directo a los cimientos mismos en que la comunidad internacional se asienta desde su creación como tal. Lo que sucede es que, a la par de ello, existe una zona de penumbra que no habilita a sostener, de manera inequívoca, que la misma se halle comprendida en el amplio espectro de la denominada "*bases indispensables de la comunidad internacional*". Es por ello que Echeverri³⁸ se pregunta: ¿el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario son los únicos asuntos susceptibles de configurarse como normas perentorias que no acepten disposición en contrario?

Ante dicho interrogante el autor de mención responde que la opinión dominante, históricamente, se ha inclinado por responder afirmativamente. No obstante, prosigue, una respuesta concordante con el espíritu general de la Convención de Viena, la cual es aplicable a todo el virtualmente ilimitado espectro de materias susceptibles de ser reguladas por el Derecho Internacional, sugiere, a su entender, un no rotundo como solución. Es por ello que propone, por un lado, un *concepto estricto* de *jus cogens*, es decir aquel derivado del "*Corpus iuris de internacional de protección*" (v.gr:

³⁷ ACOSTA ESTEVÉZ, José, *Normas de ius cogens, efecto erga omnes, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos*, publicado en Dialnet Dirección URL: <http://www.dialnet.unirioja.es>.

³⁸ ECHEVERRI, Pablo, *Ius cogens en sentido estricto y en sentido lato: una propuesta para fortalecer la consecución de la paz mundial y la garantía del corpus iuris internacional de protección al ser humano*, publicado en Dialnet Dirección URL: <http://www.dialnet.unirioja.es>.

Derecho Penal Internacional, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados) y, por otro, un *concepto lato de jus cogens*, en donde se encontrarían normas relativas al comercio internacional, la diplomacia, la cultura (por ej: normas comerciales que fortalezcan la paz entre los pueblos y eviten correlativamente la guerra; principios y disposiciones culturales que respeten la libre autodeterminación de las naciones; regímenes de cooperación judicial interestatales; estatutos de propiedad intelectual en los cuales de facilite la producción y distribución de medicamentos genéricos, etc.), siempre que cumplan, estas últimas, determinados requisitos (v.gr: *cuantitativos*: números de Estados que converjan en su reconocimiento como norma de *ius cogens* y *cualitativos*: en cuanto a la finalidad de otorgar intangibilidad a esa norma, es decir, blindándola de cualquier acuerdo concomitante o posterior en contrario así como la imposibilidad de derogar sus preceptos bajo ninguna excusa, ni siquiera la guerra misma).

Como se desprende, la enunciación de un concepto acabado de *ius cogens* se encuentra, por el momento, alejada de un rigorismo técnico que evite, en lo concreto, su utilización en aspectos que no la involucran como tal.

Por otra parte, en franca oposición a las posturas precedentemente reseñadas, se ubica otro sector de la doctrina –minoritario- que niega la existencia misma de la norma de *ius cogens* al considerar, por un lado, que ello constituye una concepción anacrónica y carente de asidero y, por otro, al entender que la sociedad internacional no ha alcanzado la estructura y desarrollo necesarios para ello, particularmente por la falta de autoridad jurisdiccional adecuada³⁹.

Más allá de las discrepancias doctrinarias en torno a la existencia o no de la mentada norma de *ius cogens* la cual, en puridad de término, no puede ser negada sin caer en un reduccionismo alejado de la realidad y de la coyuntura internacional, lo cierto es que el término *ius cogens* denota la idea de un conjunto de normas de *contenido inderogable*, por el mismo hecho de que constituyen la *base indispensable para el desarrollo de la*

³⁹ SCHWARZENBERGER, Georg, 1967, *A manual of International Law*, Stevens and Sons, London, p. 29-30; 412-420.

*comunidad internacional*⁴⁰, ya que protege bienes sociales fundamentales, siendo su *formulación permanentemente perfectible*.

Es por ello que, siguiendo al Dr. Arturo Pagliari, se puede afirmar que las normas que participan de los caracteres del *jus cogens* presenta las siguientes particularidades: 1) constituyen un orden público internacional; 2) protegen el interés común (el bien común universal) de la comunidad internacional; 3) constituyen derecho coactivo, perentorio, imperativo; 4) sancionan con nulidad a toda norma derogatoria; 5) son supremas (en cuanto a su categoría); 6) introducen una seria limitación a la autonomía de la voluntad de los Estados; y 7) son modificables por otra norma ulterior de Derecho Internacional General de igual jerarquía⁴¹.

Por último, en lo que respecta a la naturaleza jurídica de las normas de *jus cogens* se ha señalado que las mismas son **normas de derecho internacional general** de condición especial: *normas consuetudinarias o principios generales de carácter superior*⁴². Repárese en esta cuestión, ya que, como se verá más adelante, las normas de *jus cogens*, en lo que aquí interesa, han sido aplicadas por los tribunales nacionales en el desarrollo de los juicios por delitos de lesa humanidad, articulando normas propias del derecho internacional público con las concernientes al derecho penal interno, es decir haciendo aplicación de aquel régimen jurídico especial y novedoso como lo es el *Derecho Penal Internacional*.

1.2 Generación formal

Para la gran mayoría de los autores el *jus cogens* encuentra su naturaleza misma en el derecho consuetudinario (*norma imperativa de derecho internacional general*), es decir que para su generación debe reunir, en principio, los mismos requisitos que para la conformación de toda

⁴⁰ Sea cual fuere el concepto que se adopte en torno a la mentada norma jurídica lo cierto es que, la noción jurídica de la norma de *jus cogens* expresa una **aspiración ética**, lo cual no implica que su fundamento último se encuentre en el derecho natural, ajeno al positivo, sino que, en todo caso, su enunciación evidencia una reacción frente a aquellos actos que socaban la existencia misma del orden jurídico internacional (v.gr: crímenes internacionales) en un *estado determinado de su evolución histórica*.

⁴¹ PAGLIARI, ARTURO S., *Fragmentación del Derecho Internacional. Aplicación y efectos*, en página web: www.oas.com.

⁴² DRNAS de Clément, Z, "Las normas imperativas de Derecho (...)", op. cit. p. 09.

norma consuetudinaria (v.gr: **elemento material**: repetición constante, uniforme de actos u omisiones y **elemento espiritual**: convicción de que la práctica obliga jurídicamente *opinio juris sive necessitatis*) pero con la salvedad de que la misma es oponible a todos los Estados aunque no hayan participado en su formación o, incluso, aunque se hayan opuesto a la misma.

Si bien la Comisión de Derecho Internacional (CDI) no ha definido el origen de la norma imperativa, lo cierto es, conforme lo establecido por el art. 53 de la Convención de Viena, que para su *creación convencional* se requiere la aceptación y reconocimiento de la comunidad de Estados en su *conjunto*.

Y es aquí, precisamente, en donde las aguas se dividen. Para algunos, no es necesario contar con la aprobación *unánime* de los Estados que conforman la comunidad internacional a los fines de la *creación formal* de la norma de *jus cogens*, sino que basta con la aceptación que realicen los *componentes esenciales de la misma*, con lo cual, una vez generada la norma de mención su imperatividad rige para todos los integrantes de la comunidad internacional.

Para otros, en cambio, la existencia misma de las normas imperativas requiere el *reconocimiento y aceptación* de, por lo menos, un tercio de la comunidad internacional de Estados y que, en ese conjunto, estén representadas todas las regiones geográficas, ideológicas, etc. Dentro de este grupo se encuentran aquellos que sostienen que únicamente los Estados son los que tienen la potestad de *declarar* que normas tienen el valor de *jus cogens*, y la forma de hacerlo es a través de *tratados multilaterales universales*.

Sin perjuicio de las divergentes opiniones doctrinarias sobre el mínimo necesario para la consagración positiva de una norma jurídica como de *jus cogens*, lo que cabría preguntarse es: ¿Qué se entiende por comunidad internacional de Estados en su conjunto?, toda vez que la propia Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados estatuye dicho requisito

(art.53) como condición indispensable para el establecimiento (o reconocimiento) vía convencional de la citada norma⁴³⁴⁴.

Si por conjunto se entiende *la totalidad de los elementos o cosas poseedores de una propiedad común, que los distingue de otros*⁴⁵ no puede menos que inferirse, en puridad de término, que la *generalidad* de Estados que componen la comunidad internacional debería concurrir a constatar la existencia de una norma de *jus cogens* y no, como lo sostiene algunos autores, estableciendo mínimos o máximos alejados de las reglas generales de interpretación que encontramos, por ejemplo, en la propia Convención de Viena, sobre todo en lo que se refiere a la primacía del texto (v.gr: art. 31: *Un tratado deberá ser interpretado de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin*); lo cual implica que se debe tomar lo contenido en el texto como la expresión más acabada de la voluntad de las Partes. La forma más apropiada de examinar dicho contenido será aplicando el *sentido corriente* que haya de atribuirse a los términos, más conocida como regla del "sentido claro", que no significa otra cosa que no está permitido interpretar aquello que no necesita interpretación⁴⁶. Así lo ha entendido el T.I.J en cuanto expresó:

"(...) Cuando el Tribunal puede dar efecto a la disposición de un tratado atribuyendo a las palabras empleadas el sentido natural y ordinario,

⁴³ Acosta Estévez citando a CARDONA LLORENS afirma que resulta difícil pensar que dicho termino implique una *operación aritmética* de grupos de Estados y, en consecuencia, parece más coherente que en la calificación de una norma imperativa haya participado todo el conjunto de Estados que represente el colectivo de intereses relevantes para la calificación obligación de que se trate (CARDONA LLORENS, J.: *La responsabilidad internacional por violación grave de obligaciones esenciales para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional (el "crimen internacional")*., en ADI, 1985, VIII, pág. 283). *Basta una mayoría muy amplia, lo cual significa que si un Estado rehúsa aisladamente aceptar el carácter imperativo de una norma, o bien si dicho Estado es apoyado por un número muy pequeño de Estados, ello no puede afectar a la aceptación y al reconocimiento del carácter imperativo de esa norma por la comunidad internacional en su conjunto*" (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los tratados: documentos oficiales. Documentos de la Conferencia, A/CONF.39/II/Add.2, 1971, pág. 519). Cfre: ACOSTA ESTEVÉZ, José, "Normas de *ius cogens*, efecto *erga omnes*, crimen internacional (...)", op. cit. p. 06.

⁴⁴ No escapa al suscripto que ya, en los antecedentes de la Convención de Viena se hizo referencia a que el término "en su conjunto" no debía entenderse necesariamente como "totalidad", sino en el sentido de una amplia mayoría de Estados. Ver en tal sentido: GÓMEZ ROBLEDO, A., "El *ius cogens* internacional, Estudio crítico-histórico", p. 90 y siguientes.

⁴⁵ Diccionario de la Real Academia Española, consultado en página web: www.rae.es.

⁴⁶ DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, "Instituciones de Derecho Internacional (...)", op. cit., p. 132.

no puede interpretar estas palabras intentando darles otra significación (...)”⁴⁷.

Vale aclarar que cuando la CVDT ha querido establecer una mayoría determinada lo ha hecho en forma expresa (v.gr: art. 9, ap. 2: Adopción: *La adopción del texto de un tratado en una conferencia internacional se efectuara por mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que esos Estados decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente*) por lo que mal podría interpretarse que cuando el art. 53 de la citada Convención establece el término “conjunto” lo haya hecho en el sentido de “algunos” Estados, tal como lo entienden los autores precedentemente citados, erigiendo, consiguiente, una mayoría cualificada alejada del propio texto de la ley.

Ahora bien, lo que cabría preguntarse por consiguiente es si lo que debe primar ¿es el sentido literal del art. 53 de la CVDT o el sentido común?, esto último a raíz de que es harto difícil que todos los Estados que integran la comunidad internacional se pongan de acuerdo en *todos los aspectos* para generar la mentada norma jurídica, lo cual conduciría no sólo a resultados irrazonables o absurdos sino y, sobre todo, a que el reconocimiento de una norma como de *jus cogens* fuera imposible en los hechos.

La realidad demuestra, pese al claro criterio interpretativo enunciado en los párrafos anteriores en cuanto al significado del término conjunto, que el sentido común es el que debe prevalecer, por lo cual luce como adecuado establecer mayorías que abarquen al cúmulo de Estados que integran la comunidad internacional. Sin embargo, ello no debe conducir a extremos absurdos, como lo sería afirmar que:

*“(...) por comunidad internacional debe entenderse a las **grandes potencias** (los más poderosos) y las grandes mayorías (los más numerosos) dentro de los grupos geográfico políticos que componen los Estados, en especial los que se han hecho con su **liderazgo** (...)”⁴⁸.*

⁴⁷ C.I.J.: Recueil, 1952, p. 8.

⁴⁸ REMIRO BROTONS, A., 1983, *Derecho internacional público. Principios fundamentales*, Tecnos, Madrid, p. 25.

En este punto no se debe soslayar que el mencionado art. 53 surgió, por decirlo de alguna manera, como consecuencia de considerar que el *jus cogens* debía tener el visto bueno de la comunidad internacional, insertándolo por consiguiente en el ámbito propio del derecho positivo, estableciéndose al decir de Gómez Robledo la garantía del doble consentimiento: es decir, primero el consentimiento para aprobar una norma de derecho internacional general y luego, el otro consentimiento para ver en esa norma una imperativa⁴⁹.

2. Identificación de las normas que lo integran.

Si, como ya se adelantó en los párrafos anteriores, uno de los temas complejos en torno a la norma de *jus cogens* lo constituye su delimitación conceptual, el otro, sin lugar a dudas, se encuentra referido a la identificación de su contenido propio, en cuanto a la enunciación de las concretas normas que lo integran, ya que, tal como se desprende de lo señalado en el apartado precedente, el enunciado *jus cogens* indica un rotulo normativo que sirve para reconocer a las verdaderas normas que lo componen.

La consagración positiva de la mentada norma jurídica en el art. 53 de la CVDT (1969)⁵⁰, si bien aportó cierta claridad sobre su verdadero carácter en cuanto a su inderogabilidad, no lo fue así, o no lo fue tanto, en orden a establecer un mecanismo formal que determine objetivamente cuáles son las normas *concretas* que se encuentran inmersas dentro de dicho enunciado.

Dicha ausencia de regulación originó posturas doctrinarias dispares. Así, por un lado, se dijo que es tan absoluta la abstracción de estos conceptos (los derivados del citado art. 53) que el intérprete puede hacerles decir lo que a él se le antojen. Por otro lado, en el carril opuesto se ubicaron otros,

⁴⁹ GÓMEZ ROBLEDO, A., "El *ius cogens* internacional, Estudio crítico-histórico (...)", op. cit. p. 90

⁵⁰ Ver ut supra p. 10.

los cuales sostuvieron que el texto del artículo de mención formula una concepción mutable y cambiante, y no rígida e inmutable de *jus cogens*, siendo dicha institución esencialmente abierta y dinámica y de ahí que, ante la ausencia de un texto donde se enumeren, la determinación de las normas imperativas de Derecho internacional sea un problema de difícil solución aunque *no imposible*⁵¹.

La realidad demuestra que el enunciado de este artículo no está exento de dificultades, por cuanto no existe ningún criterio sencillo que permita identificar una norma de derecho internacional general como norma de *jus cogens*. Pero lo que sí se debe tener en cuenta es que no es la forma de una norma general del Derecho internacional la que le da el carácter de *jus cogens*, sino la especial naturaleza de su objeto⁵².

Y es esto último lo que habilita a afirmar que, a través de la Historia, ha sido posible observar un *consenso continuado* en la identificación de bases imperativas en el respeto de tratados de no agresión y la abstención de ciertos actos inhumanos en el transcurso de conflictos armados. La idea imperante en el contexto mundial en cuanto a que los denominados "crímenes internacionales" atacan los cimientos básicos indispensables para la existencia de la comunidad internacional, permite sostener, siguiendo a la Dra. Drnas de Clement⁵³, que en el desarrollo contemporáneo del Derecho Internacional son normas de *jus cogens* las siguientes:

* la proscripción del recurso al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de un Estado o de cualquier forma incompatible con los propósitos de la Carta de la ONU, siendo su crimen correlativo la agresión;

* la proscripción del uso de la fuerza para el establecimiento o mantenimiento de una dominación colonial, siendo su crimen correlativo el sojuzgamiento colonial;

⁵¹ Cfre: ACOSTA ESTEVÉZ, José, "Normas de *ius cogens*, efecto *erga omnes*, crimen internacional (...)", op. cit. p. 07/08.

⁵² QUISPE REMON, Florabel, 2010, "Ius cogens en el Sistema Interamericano: su relación con el debido proceso", en *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, p. 45, publicado en Dialnet Dirección URL: <http://www.dialnet.unirioja.es>.

⁵³ DRNAS de Clément, Z, "Las normas imperativas de Derecho Internacional (...)", op. cit. p. 14/15.

- * la proscripción de las acciones tendentes a la destrucción de un grupo nacional, étnico, racial, religioso como tal, siendo su crimen correlativo el genocidio;
- * la proscripción de llevar adelante un plan o política violatoria de las normas fundamentales del derecho de la guerra o la comisión a gran escala de ese tipo de violaciones, siendo su crimen correlativo el crimen de guerra;
- * la proscripción de la realización de ataques generalizados o sistemáticos contra una población civil que causen intencionalmente muertes o gran sufrimiento en esa población, siendo su crimen correlativo el crimen de lesa humanidad;
- * la proscripción de la instauración o mantenimiento de la dominación y opresión sistemática de un grupo racial sobre otro, siendo su crimen correlativo el apartheid;
- * la proscripción de la cosificación y comercialización de seres humanos, siendo su crimen correlativo la esclavitud;
- * la proscripción de la contaminación masiva, deliberada de la atmósfera y de los mares.

En tal sentido, se ha señalado que para que una norma jurídica adquiera el carácter de *jus cogens* debe reunir ciertos requisitos plausibles, los cuales podemos enunciar de la siguiente manera⁵⁴:

- 1) ¿Refleja esa situación de manera significativa valores sociales de aceptación moral universal?
- 2) ¿Se podrá a través de ellos contribuir al desarrollo o a la cristalización de un sistema legal estructurado de carácter mundial?
- 3) ¿Se estará en condiciones, a través de la aceptación de determinados principios, de contribuir al establecimiento eficiente de un grado aceptable

⁵⁴ CHRISTOL, Carl Q., *The jus cogens Principle and International Space Law*, Proceedings of the twenty-sixth Colloquium on the law of Outer Space.

de coexistencia interdependiente entre los distintos actores de la comunidad trasnacional?

4) ¿Podrán esos principios plasmarse en normas que reduzcan las tensiones internacionales?

5) ¿Se logrará con la incorporación de esos principios una positiva evolución del derecho y de los distintos sistemas jurídicos?

CAPÍTULO II

APLICACIÓN DEL JUS COGENS EN EL ÁMBITO INTERNO

A partir de la reforma constitucional de 1994, en la que se acentuó marcadamente la posición monista⁵⁵, esto es, la cada vez mayor preeminencia del derecho internacional por sobre el derecho interno, numerosos tratados internacionales incorporados con rango constitucional en el art. 75 inc. 22, han pasado a ser fuente de conocimiento en materia penal. En relación a ello, la CSJN también se hizo eco de otras fuentes del Derecho Internacional Público (v.gr: costumbre internacional, principios generales del derecho) aplicándolas, principalmente, al juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad que llegaron a su conocimiento, aún cuando las mismas no se encontraban previstas explícitamente en la CN.

Vale destacar que, aún antes de la reforma constitucional, el máximo tribunal constitucional ya había mostrado una marcada tendencia en orden a abrazar la posición monista. Dicha propensión encontró su punto más marcado con el famoso fallo en el caso **Ekmekdjian** (1992) en donde el citado tribunal adoptó una posición monista con preeminencia del Derecho Internacional sin admitir, no obstante, en ninguno de los casos, hasta la fecha, la supremacía del Derecho Internacional convencional sobre la CN⁵⁶.

⁵⁵ Según la "Escuela Vienesa", en la que se destacaron Kelsen y Verdross, el complejo normativo a aplicar por los jueces es único, cada norma depende una de la otra hasta alcanzar una norma superior en la cúspide de la estructura (monismo).

⁵⁶ DRNAS DE CLEMENT, Zlata, "La aplicación del Derecho Internacional (...)", op. cit. p. 28.

En lo que aquí interesa, numerosos han sido los casos en que la CSJN se ha referido a la mentada norma de *jus cogens*.

En el Caso **Cabrera, Washington Julio Efraín v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande**⁵⁷ la CSJN definió al *jus cogens* como “*norma imperativa de Derecho Internacional General, aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados*”, siguiendo la terminología del art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969⁵⁸.

En el Caso **Priebke**⁵⁹, por ejemplo, el juez Bossert sostuvo, en voto separado, que:

"Que como consecuencia de ese movimiento de opinión, fue aprobada la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, por res. 2391 (XXIII) de la Asamblea General del 26/11/68, que entró en vigor el 11/11/70. Esta declaró imprescriptibles, tanto los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, del 8/8/45 y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) del 13/2/46 y 95

⁵⁷ CSJN, 05/10/1983 –Cabrera, Washington Julio Efraín v. Comisión Técnica Mixta de Salta Grande s/ despido –Fallos 305:2150.

⁵⁸ Ver en tal sentido: DRNAS DE CLEMENT, Z., *El jus cogens en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* en página web: Academia Nacional de Derecho (<http://www.acader.unc.edu.ar>).

⁵⁹ CSJN, 02/11/1995 - Priebke, Erich s/ solicitud de extradición / causa n° 16063/94), JA 1996-I-328.Fallos 318:21485. La causa de mención tuvo su origen a raíz de que la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca denegó la solicitud de extradición de Erich Priebke — formulada por la República de Italia— fundada en el hecho de que haber dado muerte a setenta y cinco judíos. Ante ello, el Ministerio Público dedujo recurso ordinario de apelación; el señor Procurador General solicitó que se revocase la resolución apelada y la defensa pidió que se confirmara. La Corte Suprema, por mayoría, con la que concurrieron los Jueces Nazareno y Moliné O'Connor y el Juez Bossert, revocó la sentencia al calificar los hechos imputados —a la luz de los principios del *ius cogens* del Derecho Internacional— como delito de genocidio y crimen de lesa humanidad, por lo que correspondía considerarlo imprescriptible. En su disidencia, los Jueces Belluscio y Levene (h), resolvieron rechazar la petición formulada y aplicar la convención de extradición firmada con la República Argentina en Roma el 9 de diciembre de 1987, y aprobada por ley 23.719, conforme a la cual el requerimiento no debía ser concedido “si de acuerdo a la legislación de la parte requirente o de la parte requerida, la acción penal o la pena se encontrara prescripta, sin que ello se vea afectado por su potencial consideración de los hechos cometidos como crímenes de guerra o lesa humanidad”. La disidencia del Juez Petracchi agregó que tampoco resultaba punible la conducta imputada a la luz del “derecho de gentes”, por aplicación del principio de legalidad y señaló que los delitos de lesa humanidad, hasta el momento, no tenían prevista pena.

(I) del 11/12/46, sobre todo las "infracciones graves" enumeradas en los Convenios de Ginebra del 12/8/49 para la protección de víctimas de guerra como los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el mismo estatuto y en las mismas resoluciones de ese organismo internacional, así como el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la prevención y la sanción del delito de genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos (art. I). (...) **Que ello es así toda vez que la modalidad de aceptación expresa mediante adhesión o ratificación convencional no es exclusiva a los efectos de determinar la existencia del jus cogens.** En la mayoría de los casos, se configura a partir de la aceptación en forma tácita de una práctica determinada ya que si un Estado no reacciona abiertamente contra ella, especialmente cuando ese proceder sería esperable la presunción surge de que está conforme con la práctica o, por lo menos, que es indiferente a ella y a sus consecuencias legales y esto es lo decisivo para la formación de una costumbre internacional y, en consecuencia, para el establecimiento de una regla de la costumbre (...)" (Consid. 90).

Los magistrados Nazareno y Moliné O'Connor, en voto separado, en el **Caso Priebeke**, han señalado -siguiendo la redacción de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados- que las normas imperativas son por su naturaleza "reglas establecidas consuetudinariamente que no pueden ser dejadas de lado por tratados ni derogadas sino por la formación de una norma posterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter" (consid. 70).

En la causa **Suárez Mason**⁶⁰, el juez Boggiano sostuvo en disidencia:

"(...) Que es misión de esta Corte, velar por el cumplimiento del derecho internacional con la contribución que ello importa a la realización del interés superior de la comunidad internacional con la cual nuestro país, en virtud de formar parte de ella, se

⁶⁰ CSJN, 13/08/1998 - Suárez Mason, Carlos Guillermo s/ homicidio, privación ilegal de la libertad, etc. -Fallos 321:2031.

encuentra obligado por los tratados celebrados. Y, además, por el ius cogens, esto es, el derecho inderogable que consagra la Convención sobre Desaparición Forzada (Consid. 18)“.

No debe olvidarse, a su vez, que en el Caso Priebke, la Corte ha entendido que la existencia y calificación de las normas de *jus cogens* “no depende de la voluntad de los Estados requirente o requerido en el proceso de extradición sino de los principios del *ius cogens* del Derecho internacional” (consid. 4)⁶¹.

En el **Caso Arancibia**⁶², por su parte, los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco sostuvieron que:

⁶¹ Señala la Dra. Drnas de Clement que la consideración brindada por la CSJN en cuanto a la existencia y calificación de la norma de *jus cogens* “(...) **debería haber llevado a la Corte a probar, en primer lugar, la existencia en el plano internacional de la norma internacional de *jus cogens* y su aplicabilidad *ratione temporis* (...)**” (DRNAS de Clement, SARTORI, Marta Susana, “La aplicación del Derecho Internacional en los fallos (...)”, op. cit. p. 74). **Lo afirmado por la mencionada Dra. constituye un aspecto crucial para el presente trabajo toda vez que expone, claramente, que la CSJN realiza una aplicación dogmática del *jus cogens* ya que nunca prueba, conforme lo prescribe el Derecho Internacional Público, la existencia y demás consecuencias de la mentada norma jurídica.** Esto último sin desconocer, claro está, que no corresponde a los jueces nacionales determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario (v.gr: *jus cogens*).

⁶² CSJN, 24/08/2004 – Arancibia Clavel, Enrique L. –JA 2004-IV-426. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 6 condenó a Arancibia Clavel a la pena de reclusión perpetua, como autor del delito previsto en el art. 210 bis, incs. a, b, d, f y h del Código Penal (asociación ilícita agravada, ley 23.077) en concurso real con el de participación necesaria en el homicidio agravado por el uso de explosivos y con el concurso premeditado de dos o más personas de Carlos José Santiago Prats y Sofía Esther Cuthbert Chiarleoni. La Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal casó parcialmente el fallo, a raíz del recurso interpuesto por la defensa, en cuanto había condenado por asociación ilícita agravada y declaró extinguida la acción penal por prescripción respecto del delito de asociación ilícita simple. La Corte Suprema –por mayoría– dejó sin efecto la sentencia apelada por la querrela en representación del gobierno chileno. **El Juez Belluscio**, en disidencia, desestimó la queja pues si se había declarado la prescripción de la acción penal, no podía ser revocada oficiosamente sin vulnerar el derecho de defensa en juicio del imputado. Respecto de la imprescriptibilidad sostuvo que la propia Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad impide introducir una condición de punibilidad que no se hallaba “fijada de antemano” en la normativa vigente al momento de la comisión de los hechos, de conformidad con la cual, la acción penal se hallaba sujeta a la prescripción. Por ello, **la imprescriptibilidad añadida por la convención aprobada por la ley 24.584 y dotada de jerarquía constitucional por la ley 25.778 constituye un agregado que modifica ex post facto la ley penal no vigente al momento de su comisión.** En su disidencia el Juez Fayt, coincide con el Juez Belluscio en torno a la declaración de oficio de la prescripción de la acción penal. En cuanto a la imprescriptibilidad sostuvo que el art. 27 de la Constitución Nacional impide la aplicación de un tratado internacional que prevea la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal, en tanto el principio de legalidad que consagra el *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* es innegablemente un principio de derecho público (art. 18 de la Constitución Nacional), y este margen nacional de apreciación determina que esta garantía, deba ser respetada estrictamente incluso tratándose de crímenes de lesa humanidad. El Juez Vázquez, también en disidencia, confirmó la sentencia por entender que a la fecha de comisión de los hechos investigados, la única norma que los tipificaba, en resguardo del principio de *nulla poena sine lege* consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional, fue la escogida por el tribunal a quo. En este sentido no se le podía oponer la Convención, en la medida que fue ratificada

"(...) esta Convención sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (ius cogens) en función del Derecho Internacional Público de origen consuetudinario. De esta manera no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional que ya tenía vigencia al tiempo de los hechos (Consid. 27). Que de acuerdo con lo expuesto y en el marco de esta evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, puede decirse que la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad (sic) ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional como parte de la comunidad internacional (Consid. 32) (...)".

En su voto en minoría, el juez Belluscio consideró, por el contrario, que:

" (...) la aplicación al caso de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad resultaba contraria a la proscripción de aplicación retroactiva de la ley penal, como corolario del principio de legalidad (artículo 18 de la Constitución Nacional), pues dicha garantía prohibiría la aplicación de disposiciones penales posteriores al hecho que modifiquen in malam partem cualquier requisito del que dependa la punibilidad del hecho". (...) tampoco se puede admitir que en virtud del ius cogens la imprescriptibilidad de la acción penal por delitos de lesa humanidad rigiera en la Argentina al tiempo de cometerse los hechos que se pretende incriminar (...) aunque se considerase que tales hechos constituyeran delitos de lesa humanidad, no resultaría posible acudir a principios indefinidos supuestamente derivados del "derecho de gentes" (...) ya que la convención que había establecido esa imprescriptibilidad ha sido incorporada con

por ley y adquirió jerarquía constitucional con posterioridad a los hechos. Para mayor abundamiento consultar: Corte Suprema de Justicia de la Nación: Delitos de lesa humanidad: Secretaría de Jurisprudencia. - 1a ed. - Buenos Aires, 2009 en <http://www.csjn.gov.ar>.

posterioridad al ordenamiento jurídico nacional. **El indiscutible carácter aberrante de los delitos imputados en esta causa "no puede servir de excusa para el apartamiento del orden jurídico vigente. Tanto o más interesa a éste la observancia de sus normas que la persecución de quienes han incurrido en hechos de aquel carácter"(...)** La aplicación de los principios y normas del derecho de gentes (...) equivaldría a regirse por un derecho natural, suprapositivo, constituido por criterios de justicia no previstos en el derecho vigente al tiempo de los hechos cuyo juzgamiento se trata (...) (Consid. 16) (el subrayado nos pertenece).

Por su parte, el juez Boggiano, en la misma **Causa Arancibia** expresó:

"(...) Que el principio de no retroactividad de la ley penal ha sido relativo. Este rige cuando la nueva ley es más rigurosa pero no si es más benigna. Así, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad reconoce una conexidad lógica entre imprescriptibilidad y retroactividad (art. I). **Ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el ius gentium y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad, debe prevalecer este último, que tutela normas imperativas de ius cogens**, esto es, normas de justicia tan evidentes que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad (Regina v. Finta, Suprema Corte de Canadá, 24 de marzo de 1994). Cabe reiterar que para esta Corte tal conflicto es solo aparente pues las normas de ius cogens que castigan el delito de lesa humanidad **han estado vigentes desde tiempo inmemorial** (...) Consid. 30. (...) Que el principio de irretroactividad de la ley penal ha sido invariable jurisprudencia de esta Corte no tratándose de delitos de lesa humanidad, pues no es posible hallar precedente alguno que contemple delitos de esa índole. Fue recién en el caso Priebke en

el que esta Corte entendió que la calificación de los delitos de lesa humanidad depende de los principios del ius cogens del derecho internacional y que no hay prescripción para los delitos de esa laya (...) Consid. 32.

La CSJN no sólo ha reconocido la existencia misma de la norma de *jus cogens* sino que también, ha sostenido corolarios sustantivos y procesales⁶³ en los casos de violaciones de normas de *jus cogens*⁶⁴. Así, el Juez Boggiano, en voto separado en el **Caso Arancibia**, enunció de modo genérico que:

"(...) los derechos básicos de la persona humana son considerados de jus cogens, esto es normas imperativas e inderogables de Derecho Internacional consuetudinario (...)". (...) *no es posible afirmar que el art. 18 CN, que establece el principio de legalidad y de irretroactividad, consagre una solución distinta en el art. 118 respecto de la aplicación de las normas del jus cogens relativas a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Ambos preceptos no colisionan sino que se complementan, ya que el segundo incorpora al orden interno las normas imperativas del Derecho Internacional como integrantes del principio de legalidad. La Ley del juicio supone pero obviamente no establece los principios del derecho de gentes (...)"* Consid. 40.

Como se desprende, la CSJN ha realizado numerosas referencias a la norma jurídica de *jus cogens*. Por un lado, definió su contenido, su naturaleza jurídica, sus caracteres. Por otro lado prescribió, en lo concreto, determinadas consecuencias en los casos de violaciones de normas de *jus cogens*, añadiendo la premisa fundamental de que la norma de *jus cogens* **integra el principio de legalidad**. Como ya se verá en los capítulos que siguen, esta última afirmación ha sido blanco de numerosas críticas,

⁶³ DRNAS DE CLEMENT, Z., "El jus cogens en los fallos (...)", op. cit. p 3.

⁶⁴ Si bien la CSJN ha aplicado esta fuente normativa internacional principalmente para aquellos casos de graves violaciones a los derechos humanos fundamentales (genocidio, desaparición forzada de personas, etc.) no deja de ser cierto que, en definitiva, se ha admitido a dicha norma como integrante del orden jurídico nacional, no únicamente a partir de lo dispuesto en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados sino, a su vez, a partir de la interpretación del art. 118 CN.

algunas de las cuales se han centrado en considerar que, si las normas imperativas son parte del principio de legalidad, la CSJN entonces debería haber fundado sus fallos en las *fuentes imperativas en vigor en el derecho internacional*, conforme a ese derecho, lo que no ha realizado a la fecha⁶⁵.

CAPITULO III

1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD⁶⁶

La existencia de límites constitucionales para la ley penal, destinados a tutelar la vigencia de derechos fundamentales, surge evidente cuando se observa el principio de legalidad⁶⁷. Precisamente, este principio, fue fruto de un largo proceso en donde la construcción y fundamentación en la época moderna del *nullum crimen sine lege*, provino básicamente de los sólidos aportes brindados por Feuerbach quien, junto a Beccaria, Romagnosi y Bentham fueron los principales precursores del derecho penal liberal. El penalista alemán fue quien acuñó el brocárdico, dándole un mayor desarrollo teórico, no sólo por el principio en sí, sino también porque era una parte esencial en su teoría de la coacción psicológica⁶⁸.

En cuanto al verdadero origen del 'principio de legalidad', se ha debatido arduamente. Algunos autores vieron su origen en la Carta Magna de 1215, en donde el Rey Juan Sin Tierra efectuó concesiones a los nobles de Inglaterra. Entre otras libertades, la Carta Magna expresaba que "(...) *nadie podrá ser arrestado, apisionado (...) sino en virtud de un juicio de sus pares, según la ley del país (...)*" (art. 48 de la Carta Magna), estableciéndose además, que sólo el Parlamento podrá dictar leyes penales.

⁶⁵ DRNAS DE CLEMEN, Z., "La aplicación del Derecho Internacional (...)", op. cit. p. 74.

⁶⁶ En este apartado no se pretende realizar un análisis exhaustivo del mencionado principio, sino que, por el contrario, únicamente se persigue delimitar los contornos precisos que dicho principio encuentra en la doctrina, sobre todo nacional.

⁶⁷ RIGHI, Esteban, 2007, *Derecho penal: parte general*, 1da. ed., Lexis Nexis, Bs. As, p. 69

⁶⁸ FIERRO, Guillermo J., "Legalidad y retroactividad de las normas penales (...)", op. cit. p. 94.

Posteriormente, el principio fue recibido por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789), en la cual entre sus artículos se destacaban, entre otros: art. 5: "*La ley no tiene derecho de prohibir sino las acciones perjudiciales a la sociedad*", "*todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido*"; "*nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena*" y el art. 8: "*Nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida o promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada*".

El 'principio de legalidad' también fue recibido por la Constitución de los Estados Unidos (1787) y de ella lo tomó la Constitución Argentina, la cual, como ya sabemos, lo contiene en sus art 18⁶⁹.

Se ha sostenido que este principio tiene un doble fundamento: uno *político*, propio del Estado liberal de Derecho caracterizado por el imperio de la ley, y otro *jurídico*, resumido en el clásico aforismo de Feuerbach: "*nullum crimen, nulla poena sine lege*", del cual se derivan una serie de garantías en el campo penal: la criminal, que establece la legalidad de los delitos; la penal, que establece la legalidad de las penas y medidas de seguridad; la jurisdiccional, que exige el respeto del debido proceso; y la ejecutiva, que asegura la ejecución de las penas y medidas de seguridad con arreglo a las normas legales⁷⁰.

En Argentina, se encuentra consagrado como garantía penal por la Constitución Nacional, la que en su artículo 18º reza: "*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*". Se hace explícito también en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 11º inciso 2); en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 11º inciso 2); en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 15º inciso 1); en la Convención Americana sobre

⁶⁹ Algunos autores tratan el contenido del principio de legalidad juntamente con el principio de reserva previsto, éste último, en el art. 19 de la CN, segundo párrafo, en cuanto dispone que: "*Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*". Sin embargo, aquí únicamente se hará referencia al principio de legalidad de la represión. Ver por todos: NUÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho penal, Parte General*, quinta ed., actualizada por el Dr. Roberto E. Spinka, Lerner, Córdoba, 2009, p. 75 y siguientes.

⁷⁰ CUELLO CALON, Eugenio, *La Moderna Penología*, Bosch, Barcelona, T. I, p. 10 y 271.

Derechos Humanos (artículo 9º) y en la Convención sobre los Derecho del Niño (artículo 40º inciso 2), todo ellos tratados internacionales con jerarquía constitucional (artículo 75º inciso 22 de la Constitución Nacional).

Es dable mencionar que el mencionado principio de legalidad no agota su contenido en la exigencia de que toda incriminación encuentre su fundamento en una ley previa (*lex praevia*) sino que requiere, a su vez, el cumplimiento de otros requisitos:

- a) Ley escrita, lo que implica la exclusión del Derecho consuetudinario.
- b) Ley estricta, significa que debe describir concretamente la conducta que es delito (este es un medio para evitar la analogía).
- c) Ley cierta: *anatematización de la posible utilización de cláusulas generales absolutamente indeterminadas*⁷¹.

Dada la importancia del 'principio de legalidad' y de la necesidad de su existencia para lograr un ordenamiento jurídico penal justo, todas las legislaciones contemporáneas lo han adoptado, *salvo los Estados totalitarios y basados en la fuerza*, los cuales para lograr sus fines políticos, han desconocido el 'principio de legalidad'. Esto último, sucedió, por ej, en 1926 en la legislación rusa, la cual admitió la analogía en materia penal y sostuvo que el 'principio de legalidad' era un principio *burgués*.

En Alemania también se desconoció el principio de legalidad durante la época del régimen nazi (1935/1947). El Código Penal Alemán fue modificado por una ley de 1935, la cual sostenía que "*eran delitos, no solo las conductas previstas expresamente, sino también aquellas que herían el sano sentimiento del pueblo*". De acuerdo con esta ley, se desconocía el principio de legalidad. No obstante, los tribunales alemanes interpretaron la ley de un modo tal que, en la mayoría de los casos, no permitieron que se dejara de lado el 'principio de legalidad'.

⁷¹ BALCARCE, Fabián, I., 2009, "Introducción al estudio de la parte especial del Derecho penal", en *Derecho penal, parte especial, libro de estudio, tomo I*, Fabián. I. Balcarce. Director, Advocatus, Córdoba, p. 88.

En este sentido, Eugenio R. Zaffaroni —Alejandro Alagia y Alejandro Slokar— sostienen que:

*"la legalidad del delito y de la pena se establece para que el habitante tenga la posibilidad de conocerlas; por ende, no se satisface por completo el principio de culpabilidad con la posibilidad de conocimiento del injusto, sino que también se exige el de su punibilidad"*⁷²

Es por ello que, en definitiva, tal como lo sostiene el Dr. Fabián Balcarce:

*"(...) el principio de legalidad implica (...) la exclusión del derecho consuetudinario. Por esta última vía no puede crearse ningún tipo penal ni ninguna agravación punitiva. El rango primario de la ley como fuente formal del derecho está reforzado por la función de garantía que ella cumple (...) "*⁷³.

Es que el mentado principio representa el *principal límite* impuesto contra el ejercicio de la potestad punitiva estatal, incluyendo una serie de garantías en beneficio de sus habitantes que imposibilitan -en líneas generales- que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que la *ley permite*⁷⁴ o, como bien lo ha señalado el Dr. Carlos Lascano (h) el principio de legalidad:

*(...) establece que solo la ley crea delitos y solo podrá considerarse delito, aquel hecho que la ley haya declarado en forma expresa y previamente (...) "*⁷⁵

2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

El principio de legalidad, tal como fue descrito en el capítulo que antecede, constituye la base fundamental del Derecho Penal liberal,

⁷² ZAFFARONI, Eugenio R., ALIAGA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, 2000, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Bs. As, p. 646.

⁷³ Vale aclarar que el autor de mención afirma, por otra parte, que el "(...) derecho consuetudinario suele cubrir los espacios que principalmente los preceptos de la Parte General no cubren, como por ejemplo, los requisitos objetivos de la acción punible (teoría de la imputación objetiva); desarrollo de los conceptos no definidos en la ley (como el dolo); aclaración del significado del error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, etcétera (...)" BALCARCE, Fabián, I., "Introducción al estudio de la parte especial del Derecho penal (...)", op. cit, p. 21.

⁷⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco-GARCIA ARAN, Mercedes, 2002, *Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 97.

⁷⁵ LASCANO, Carlos J (h) y otros, 2005, *Derecho Penal Parte General Libro de Estudio*, Advocatus, Córdoba, p.112.

teniendo vigencia generalizada en el Derecho interno de los países, al menos en el sistema continental⁷⁶. Ahora bien, lo que en el ámbito interno de los Estados no encuentra –mayormente- discusión alguna, no se presenta como tan contundente –para cierta parte de la doctrina- en el ámbito del denominado derecho penal internacional.

Si bien existen antecedentes históricos de índole variada, todos los autores coinciden en que la celebración de los juicios de los Tribunales de Guerra en Núremberg y Tokio inmediatamente después de la Segunda Guerra⁷⁷, constituyó un paso decisivo para el desarrollo del Derecho Internacional Penal. Este adquirió un nuevo impulso a principios de los años noventa con la creación de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Rwanda⁷⁸.

Dicha rama del Derecho ha sido definida como: *“el conjunto de todas las normas de derecho internacional que establecen consecuencias jurídicas penales (...) tratándose (...) de una combinación de principios de derecho penal y de derecho internacional”⁷⁹*.

Es por ello, que se lo considera un ordenamiento jurídico-penal *nuevo y autónomo*, ya que, por un lado, se trata, obviamente, de Derecho Penal, ya que sanciona un comportamiento individual pero, por otro, constituye Derecho Internacional ya que sus fuentes no son leyes nacionales, sino el Derecho Internacional⁸⁰, lo cual trae aparejado la existencia de características propias que lo diferencian del derecho penal estatal.

⁷⁶ BARBERO, Natalia, 2012, “El principio de legalidad en Derecho Penal Internacional”, en *Revista de Derecho Penal, número extraordinario*, Dir. Edgardo Alberto Donna, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., p. 330.

⁷⁷ BASSIOUNI, M. Cherif, 1999, “International Criminal Investigations and Prosecutions: From Versailles to Rwanda”, en BASSIOUNI, M. Cherif (editor), *International Criminal Law*, tomo 3, 2ª edición pág. 31 yss.

⁷⁸ VILLAPANDO, WALDO, *El nuevo Derecho Penal Internacional. Los crímenes internacionales*, publicado en Dialnet Dirección URL: <http://www.dialnet.unirioja.es>.

⁷⁹ AMBOS, Kai, 2010, “La construcción de una parte general del derecho penal internacional”, en AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel, WOISCHNIK, Jan, *Temas actuales de Derecho Penal Internacional, contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Uruguay, p. 13

⁸⁰ SATZGER, Helmut, 2012, “Modelos de participación en el Derecho Penal Internacional”, en *Revista de Derecho Penal, número extraordinario*, Dir. Edgardo Alberto Donna, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., p. 29.

Entre dichas diferencias se han señalado las siguientes⁸¹:

- a)** El derecho penal internacional se encuentra integrado por normas penales, que pueden ser no escritas, pero presentes en la conciencia internacional como una norma del "*jus cogens*". El principio del *nulla crimen sine lege* (scripta) no tiene vigencia en este Derecho Penal. En su gran medida, las normas internacionales penales no tienen una forma escrita. **Pero sí es imprescindible que esa "norma penal no escrita" se encuentre vigente al momento de cometerse el crimen internacional.** Así como en el derecho estatal, también para el derecho penal internacional no puede aplicarse en forma retroactiva⁸² una norma penal. En esta particular rama del Derecho Internacional, se reformula el principio de legalidad de la siguiente forma: "*nullum crimen sine norma praevia*" dado que esta norma previa puede ser no escrita, como aquella que surge por generación consuetudinaria.
- b)** Es un derecho constituido por múltiples regímenes internacionales penales, que muchas veces se superponen uno con otro, generando así la dificultad en determinar qué norma internacional corresponde aplicar a una misma conducta. No existe en el ámbito internacional un único sistema represor penal, sino que, junto al derecho penal internacional general, se desarrollan sistemas internacionales penales particulares. Así es, por ej. el que rige respecto de la Corte Internacional Penal (Tratado de Roma de 1998) o del Tribunal para la Ex Yugoslavia, o del Tribunal de Rwanda, entre otros más.
- c)** Es un derecho penal que tutela bienes jurídicos propios de la Comunidad Internacional. Vale decir, es necesario para que se configure un "*delicta iuris gentium*", que la comisión de un acto

⁸¹ Cfre: DOBOVSEK, José, 2007, "Breves consideraciones sobre el Derecho Internacional Penal General y sus relaciones con los sistemas penales particulares", en *Anuario de Derecho Argentino de Derecho Internacional*, 1ed. Rosario: Asociación Argentina de Derecho Internacional, p. 127.

⁸² Vid por todos: AMBOS, Kai, *Nurember revisited, Das Bundesverfassungsgericht, das Völkerstrafrecht und das Rückwirkungsverbot*, en especial apartado I. *Nürnberg und das Rückwirkungsverbot*, publicado www.department-ambos.uni-goettingen.de.

violento o repugnante a la conciencia, afecte bienes e intereses protegidos de esa Comunidad Internacional.

Como se desprende, *para cierta parte de la doctrina*, al constituir principalmente el derecho penal internacional una rama mayormente derivada del derecho internacional público y no del derecho penal, el principio de legalidad podría verse *relativizado*. Lo crucial sería, para dicho sector, que el derecho aplicado por los tribunales, nacionales o internacionales, no resulte violatorio de la *costumbre internacional*, fuente del Derecho Internacional, sin perjuicio de que esto no sea compatible con el respecto al principio de legalidad tradicional, sobre todo en lo que respecta a la exigencia de norma escrita, esto último en relación a que no existe ni puede existir a nivel internacional un legislador en sentido propio⁸³.

Sin embargo, para otro sector de opinión, la regulación del principio de legalidad, que recoge un principio de legalidad férreo y estricto, impide aplicar directamente por los tribunales penales costumbres internacionales, ya que éstas no puede responder a las exigencias tanto formales como materiales que el ordenamiento jurídico – en este caso el argentino- atribuye a este principio, y por tanto tampoco se puede apelar a la preexistencia de una costumbre internacional para justificar la aplicación retroactiva de un precepto⁸⁴.

Vale aclarar, en tal sentido que, como bien lo ha señalado el Dr. Kai Ambos:

“(...) En lo que respecta en particular a las fuentes del derecho penal internacional, la fundamentación en el derecho consuetudinario de normas de derecho penal internacional plantea especiales dificultades, en un doble sentido. Desde la óptica del derecho penal el principio del nullum crimen parece excluir la existencia de tipos penales no escritos fundados en la

⁸³ BARBERO, Natalia, “El principio de legalidad en Derecho Penal Internacional (...)”, op. cit. p. 330.

⁸⁴ Cfre: GIL, Alicia, “La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (en línea). 2005, núm. 07-r1, p. r1:1-r1:18. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-r1.pdf>. Si bien la autora de mención se refiere, claramente, a la sentencia de la Audiencia Nacional de España, no por ello sus comentarios dejan de ser de plena aplicación a lo que acontece en la República Argentina.

costumbre internacional. Sin embargo, conforme a los artículos 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 7.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, una conducta puede ser sancionada si ella era punible "según los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional". Aquí, el concepto "principios de derecho" no se tiene que entender en el sentido del artículo 38.1.c, ECIJ, sino en el de las reglas de derecho consuetudinario internacional desarrolladas sobre la base del derecho de Núremberg, por lo cual la regla aplicada debe tener "sin duda" el carácter de costumbre internacional (...)"⁸⁵.

Como se desprende, las posturas dispares y absolutamente contrapuestas se presentan como elementos peculiares en torno al complejo estrato de la aplicación del principio de legalidad en el derecho penal internacional. Si bien existen zonas de penumbras, en donde se buscan soluciones intermedias, las posturas precedentemente señaladas son las que prevalecen no solo en el ámbito doctrinario sino también jurisprudencial.

Ahora bien, lo que no debe olvidarse de vista en este punto es que, prioritariamente, al hacer referencia al derecho penal internacional y a su aplicación concreta por los tribunales, nos estamos refiriendo a crímenes de derecho internacional. Dicha premisa nos debe servir de guía en todo momento. Esto es así ya que:

⁸⁵ AMBOS, Kai, "La construcción de una parte general del derecho penal internacional (...)", op. cit. p. 14. El autor de mención se refiere a las fuentes del *Derecho Penal Internacional* y no a las del *Derecho Internacional Penal*. Al parecer el Dr. Ambos no distingue, en este apartado, como lo hace cierta parte de la doctrina, entre *Derecho Internacional Penal*, es decir entre un sistema normativo de origen internacional, en donde sus normas surgen de las fuentes internacionales (entre otras, las enumeradas en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia), y como tales, tienen una vigencia supraestatal (se aplica el monismo con supremacía internacional), siendo su característica esencial la tutela de bienes e intereses jurídicos de la Comunidad y, el *Derecho Penal Internacional*, "(...) en cuanto sistema normativo de origen y fuente estatal, en el sentido de aquellas normas estatales penales que exceden el marco de su aplicación territorial local. Es la parte del derecho nacional que establece el ámbito espacial o personal, del derecho punitivo local y del derecho penal extranjero (...)". DOBOVSEK, José, *Breves consideraciones sobre el Derecho Internacional Penal General y sus relaciones con los sistemas penales particulares*, op. cit. p. 48.

“(…) la exacta definición de un crimen internacional, *crimina iuris gentium*, en el Derecho Internacional Público, mientras su comisión estuvo vinculada a la responsabilidad de los Estados, no fue necesaria. A los tribunales internacionales les bastaba con constatar una infracción de un Estado parte de un tratado, convenio o convención para derivar de ella la responsabilidad internacional de dicho Estado. **Mientras la responsabilidad permaneció en ese plano, el principio de legalidad penal, del mismo modo que las garantías del inculpado, no tenía ninguna importancia.** Sólo recientemente, con la instalación de los tribunales penales internacionales, cuyo objetivo es exactamente perseguir responsabilidades individuales, la comunidad jurídica internacional (...) ha tenido que plantearse la necesidad de definir previamente y con exactitud los comportamientos punibles (...)”⁸⁶.

Es por ello, que uno de los temas cruciales del derecho penal internacional⁸⁷ -en lo que aquí interesa- es aquel referido así, dicha rama jurídica se encuentra en condiciones de cumplir, por decirlo de alguna manera, con los lineamientos básicos del principio de legalidad o si, en todo caso, la costumbre internacional puede suplir las falencias ya planteadas en torno a los corolarios que dicho principio supone, aunque ello suponga una contradicción. Dicha cuestión, no menor, será analizada detalladamente en los capítulos que siguen. Valga recordar –y reiterar- en este punto que si bien, a falta de una instancia global de producción de normas en el ámbito internacional, el derecho consuetudinario conserva, aún hoy, un papel relevante en el derecho penal internacional, ello no debe conducir a suponer –inexorablemente- un “relajamiento” –sin restricciones- en cuanto al principio de vinculación normativa (*nullum crimen sine lege*) ya que en el

⁸⁶ HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, “Crímenes internacionales, jurisdicción y principio de legalidad penal”, en *Revista de Derecho Penal, número extraordinario*, Dir. Edgardo Alberto Donna, ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2012, p. 511 (el subrayado nos pertenece).

⁸⁷ Nos referimos, obviamente, al papel trascendental que cumple la norma consuetudinaria en el ámbito internacional. Ya que, a partir de la entrada en vigencia del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), los cuestionamientos acerca de si las normas de derecho penal internacional cumplen realmente con los requisitos de claridad y reconocibilidad propios de las leyes penales han perdido sustento, por lo menos para cierta parte de la doctrina. Vid por todos: WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2º Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 113 y sgs.

derecho penal internacional, constituye un presupuesto fundamental de punibilidad que, **en el momento del comisión del hecho se pueda constatar una norma, escrita o no, que fundamente la punibilidad de la conducta.**⁸⁸

CAPÍTULO IV

NEOPUNITIVISMO

1. Concepto

Un lector avezado podría preguntarse de qué manera la mentada norma jurídica de *jus cogens* la cual involucra, como ya se adelantó, una evidente aspiración ética, puede encontrarse vinculada –decididamente– al ejercicio neopunitivista del Derecho Penal por parte de la CSJN en su juzgamiento de los casos que involucran crímenes de derecho internacional, ocurridos en nuestro país en la década de los años 70 y 80.

La respuesta a dicho interrogante la podemos encontrar, en primer término, en el propio concepto político-criminal de neopunitivismo que nos brinda el profesor argentino Daniel Pastor⁸⁹ quien entiende:

"(...) que la actual situación del sistema punitivo se deja clasificar bajo la noción de neopunitivismo, entendiendo ello como corriente político – criminal que se caracteriza por la renovación de la creencia mesiánica de que el poder punitivo puede y debe llegar a todos los rincones de la vida social (...) El Neopunitivismo, que se manifiesta en la llamada expansión penal, es la cuestión central de las reflexiones político-criminales de los últimos años (...) el rasgo distintivo de este estilo de derecho penal, que engloba sus componentes, es su marcada

⁸⁸ WERLE, Gerhard, "Tratado de Derecho Penal Internacional (...)", op. cit. p. 90/91 (el subrayado nos pertenece).

⁸⁹ PASTOR, Daniel R., 2005, "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos", en *Revista Jurídica: Nueva Doctrina Penal*, 2005/A, Editorial Editores del Puerto, Buenos Aires, p. 74.

deshumanización y un recrudescimiento sancionador creciente (...)” con “ una legislación y una ampliación judicial del Derecho que tiende al intervencionismo y a la restricción de no pocas de las garantías político-criminales clásicas (...)”.

Así, sus características más salientes son la supresión total de las garantías, mediante la implementación de un Derecho Penal simbólico omnicompreensivo, omnipotente y omnipresente que amenaza con abarcar todos los rincones de la vida social.

Por su parte, también se ha precisado *–si bien en relación a la CIDH pero de plena aplicación al caso que nos ocupa–* que la consecuencia de esta tendencia en la Corte es que se están abandonando garantías liberales que servían de límite frente al poder punitivo del Estado, creando un derecho penal de excepción (la punitivización) cuya razón de ser es la de castigar.

Para Pastor, el favorecer a la víctima en desmedro del acusado implica la superación del modelo garantista aplicable a los casos de delitos comunes. En su lugar, se establece una garantía para la víctima de crímenes internacionales según la cual el absuelto por sentencia firme dictada después de un debido proceso no fraudulento puede ser enjuiciado posteriormente una vez más y condenado si nuevas pruebas indican que era culpable. La máxima de este cambio se vería en el paso del *in dubio pro reo* al *in dubio pro víctima*, lo cual incluye en la huída hacia el derecho penal consuetudinario para afirmar la supremacía de esta sobre el derecho del imputado a la ley penal escrita, cierta y previa. Aparecen así:

“(...) en el curso de la escena del enjuiciamiento penal los derechos humanos de las víctimas a la investigación de los hechos, al descubrimiento de la verdad, a la imprescriptibilidad de los delitos, a que no sean objeto de ningún tipo de amnistía, a que los acusados no puedan invocar la cosa juzgada ni el ne bis in idem, a que los culpables sean condenados rápidamente y a que ninguna circunstancia se oponga a la realización de los procesos y a la aplicación de las penas que correspondan (...)”.

Todo esto puede ser también bienvenido, especialmente porque implica en casi todos los casos que se haga justicia respecto de crímenes gravísimos históricamente relegados a la más perversa impunidad, pero sin lugar a dudas no tiene nada que ver con la ideología penal que justifica el origen y la existencia de los derechos humanos frente a los aparatos represivos estatales, debido a que estos pronunciamientos han impuesto un poder punitivo de "mano dura", de "tolerancia cero", que es incompatible con todo sistema, nacional o internacional, de derechos fundamentales o humanos (...)"⁹⁰.

De ésta manera, el neopunitivismo, como corriente político-criminal, responde a un drástico acrecentamiento desmesurado de leyes penales que, a criterio de diversos autores, puede denominarse como "*Inflación de las leyes*"⁹¹, "*Panpenalismo*"⁹² o "*Derecho Penal del Enemigo*"⁹³.

La realidad demuestra, en opinión del Dr. Daniel Pastor, que tanto neopunitivismo ⁹⁴ como neoinquisición son dos denominaciones que describen con alto poder explicativo la tendencia política actual que impulsa un recrudescimiento penal, antiliberal y anti-ilustrado, que hace de la

⁹⁰ PASTOR, DANIEL, 2010, "La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del Sistema interamericano de Derechos Humanos, ¿Garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del Estado?", en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho Penal Internacional*, tomo II, Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Gisela Elsner (editores), Uruguay, Konrad-Adenauer-Stiftung, p. 496.

⁹¹ CARBONNER, 2005, *Ensayo sobre las leyes*, Traducido por L. Diez Picazo, Madrid, España 1988, p. 237, citado por PASTOR DANIEL R. "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos", *Revista Jurídica: Nueva Doctrina Penal*, 2005/A, Editorial Editores del Puerto, Buenos Aires, p. 75

⁹² FERRAJOLI LUIGI, 1995, *Derecho y Razón*, Traducido por Andrés Ibáñez, Editorial Trotta, Buenos Aires, p. 702.

⁹³ Ver JAKOBS GÜNTHER – CANCIO MELIA M., 2006, *Derecho Penal del Enemigo*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005; MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el Derecho Penal del Enemigo*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2005, ZAFFARONI EUGENIO, Raúl, *El Enemigo en el Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial EDIAR, p. 35.

⁹⁴ Es dable señalar que la postura propugnada por el Dr. Daniel Pastor ha sido criticada por cierta parte de la doctrina. En tal sentido, se puede consultar el trabajo de Leonardo Filippini: "El prestigio de los derechos humanos, respuesta a Daniel Pastor", publicado en *Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale* disponible en: www.juragentium.unifi.it/about/index.htm.

aplicación a todo trance de la pena privativa de libertad un instrumento mesiánico de verdad y justicia⁹⁵.

2. Aplicación dogmática del *jus cogens* por la CSJN y sus implicancias neopunitivistas

Luego de enunciado el concepto político-criminal de neopunitivismo y sus principales implicancias en la jurisprudencia nacional emanada de la CSJN, corresponde, ahora sí, dar respuesta al interrogante planteado en el apartado anterior en cuanto a de qué manera el *jus cogens*, en su aplicación concreta por parte de la CSJN, puede conducir a una extensión desmesurada del derecho penal en beneficio de las víctimas de delitos de lesa humanidad y en desmedro, por consiguiente, del imputado.

Tal como se ha venido sosteniendo a lo largo del presente trabajo de investigación, el *jus cogens* constituye, para la gran mayoría de la doctrina internacional e incluso para la propia jurisprudencia de la CSJN, una *norma imperativa de derecho internacional general*, cuyo contenido puede encontrarse cristalizado en una convención internacional.

Ahora bien, gran cantidad de los análisis o críticas que se formulan en contra de las sentencias dictadas por la CSJN en materia de juzgamiento de crímenes de derecho internacional se centra, evidentemente, en la violación flagrante del principio de legalidad material, en su contenido tradicional, en cuanto se realiza una aplicación retroactiva –para la postura crítica– de la ley penal, salvando las distancias con la aplicación de dicho principio en el ámbito del derecho penal internacional.

Sin embargo, un aspecto soslayado por la doctrina –principalmente– de índole penal, se encuentra referido a que uno de los argumentos troncales utilizado por la CSJN (e incluso por los tribunales inferiores) para fundar la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad es aquel que se asienta

⁹⁵ PASTOR, Daniel – GUZMAN, Nicolás, 2008, *Neopunitivismo y Neoinquisición, Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado* (prólogo), ed. Ad-Hoc, Bs. As., p. 15.

en un entimema⁹⁶, el cual puede ser enunciado de la siguiente manera: al momento de comisión de los delitos de lesa humanidad ya existía una *costumbre internacional (jus cogens)* que los consideraba en tal sentido (imprescriptibles).

Y es aquí en donde se encuentra el tema objeto de la presente investigación. Si una de las premisas fundamentales⁹⁷ en que la CSJN asienta todo el andamiaje para el avance de los juicios de lesa humanidad se halla referida a una de las fuentes principales del Derecho Internacional Público, como lo es la costumbre internacional (*ius cogens*), **entonces el análisis de la misma debería realizarse a partir de lo que dicha rama del derecho establece para su configuración** y no con lo que, de manera aislada, establezca un tribunal de orden interno, como lo constituye el citado órgano judicial. En otras palabras, cuando se invoca -por ejemplo- un Tratado Internacional como fuente del derecho se debe demostrar que el mismo se halla en vigor y que es exigible y aplicable⁹⁸.

Sin embargo, si lo que se pretende invocar como fuente del derecho es la existencia misma de una costumbre internacional (como lo constituye en esencia el *ius cogens*) entonces se deberá estar a lo que en la *práctica internacional*⁹⁹ se ha establecido para tales fines, cuestión que, en los

⁹⁶ Entendido como aquel razonamiento lógico en donde sólo se expresa parte del mismo y se da por sobre-entendido el resto. Ver para mayor abundamiento: COPI, Irving M., *Introducción a la Lógica*, 4ª ed. 3ª reimp, Eudeba, Bs. As., 2010, p. 254 y siguientes.

⁹⁷ Ezequiel Malarino sostiene que la CSJN para eludir la objeción fundada en el principio de legalidad -previsto en el artículo 18 de la Constitución Nacional-, utilizó básicamente tres caminos de argumentación "(...): 1 *Algunas veces afirmaron que una costumbre internacional previa era suficiente para satisfacer el principio de legalidad -convirtiendo así a este principio en un mero nullum crimen sine iure-*, (...). 2) *Otras consideraron que la exigencia de legalidad quedaba satisfecha con la existencia al momento del hecho de uno o varios tipos penales del Derecho Interno que contemplarían la esencia de lo prohibido por el crimen contra la humanidad (...)*. 3) *Finalmente, también se afirmó lisa y llanamente que el principio de legalidad no rige en caso de crímenes internacionales, permitiendo así una aplicación retroactiva del crimen en cuestión (...)*". MALARINO, Ezequiel, "El crimen contra la humanidad de desaparición forzada de personas en la jurisprudencia argentina: algunos problemas de relación con el principio de legalidad penal", en *Revista de Derecho Penal, número extraordinario*, Dir. Edgardo Alberto Donna, Bs. As., ed. Rubinzal-Culzoni, 2012, p. 349/350.

⁹⁸ DRNAS DE CLEMENT, Zlata, SARTORI, Marta Susana, 2011, *La Aplicación del Derecho Internacional en los fallos de la CSJN Argentina*, Córdoba, Lerner, p. 48/49.

⁹⁹ Vale remarcar que uno de los elementos insustituibles de la costumbre internacional lo constituye la práctica constante y uniforme por parte de los Estados, en cuanto repetición de actos que convergen para darle origen. Con constante se hace alusión a la continuidad de la costumbre, es decir que ella se haya dado en forma permanente e ininterrumpida en el tiempo, con un cierto grado de intensidad. Por su parte, uniforme significa que ante circunstancias semejantes, los Estados han adoptado comportamientos análogos -no

hechos, la CSJN no sólo que no ha realizado sino que ha soslayado, en su argumentación, de manera evidente.

No se debe olvidar, como ya se adelantó, que la CSJN **ha hecho prevalecer** -*vía interpretación jurisprudencial*- sobre todo en los casos de juzgamiento de crímenes de lesa humanidad, **a las normas de jus cogens por sobre la primera parte de la CN** y los principios de derecho público (v.gr.: *non bis in idem*, no retroactividad, prescripción, tribunal preconstituido, etc)¹⁰⁰.

En tal sentido, el mencionado tribunal sostuvo -en algunos casos por mayoría y en otros por el voto separado de algunos de sus integrantes- que:

“(...) esta Convención¹⁰¹ sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (ius cogens) en función del Derecho Internacional Público de origen consuetudinario. De esta manera no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio

necesariamente iguales (PAGLIARI, Arturo Santiago, *Curso de Derecho Internacional Público*, Córdoba, Advocatus, 2007, p. 57). Sumado a ello, el elemento subjetivo, la denominada *opinio juris sive necessitatis* también constituye un elemento esencial para su configuración. Es que la costumbre para ser obligatoria debe ser reconocida como *derecho* por los Estados actuantes. Este punto de vista ha sido reiterado por la Corte Internacional de Justicia de la Organización de Naciones Unidas en el asunto de la Plataforma continental del Mar del Norte, donde se insiste en que la costumbre jurídica requiere, además de la práctica constante, la creencia de que dicha práctica se estima obligatoria en virtud de una norma jurídica que la prescribe, *creencia cuya necesidad está implícita en el propio concepto de opinio juris sive necessitatis* (VERDROSS, Alfred, “Derecho Internacional Público”, op. cit. p. 126). Determinar la existencia y contenido del elemento subjetivo es una cuestión controvertible. La CIJ en el Asunto del Golfo del Maine ha señalado que la *opinio iuris* “(...) se prueba por la vía de la inducción, partiendo del análisis de una práctica suficientemente asentada y convincente, y no por vía de la deducción, partiendo de ideas preconstituidas a priori (...)”, por lo que mal podría sostenerse, partiendo del criterio rector sentado por dicho órgano judicial internacional, de que la norma de jus cogens por representar y proteger intereses fundamentales de la comunidad internacional (los cuales se dan por supuestos en el derrotero actual de la sociedad globalizada) no requiere para su generación formal un mínimo indispensable de constatación o reconocimiento. El jus cogens constituye, aunque resulte redundante aclararlo, una norma jurídica y como tal requiere un proceso de elaboración, sea cual fuere el que se determine (v.gr: costumbre internacional, principios generales de derecho, tratados internacionales), pero siempre con una *mayoría cualificada* o, por lo menos, ajustada a las necesidades sociales del momento.

¹⁰⁰ DRNAS DE CLEMENT, Zlata, SARTORI, Marta Susana, 2011, *La Aplicación del Derecho Internacional en los fallos de la CSJN Argentina*, Córdoba, Lerner, p. 28.

¹⁰¹ Se hace referencia a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad la cual fue ratificada por la Rep. Argentina, tal como se adelantó en la introducción del presente trabajo, en el año 1995, varios años después de la comisión de los delitos de lesa humanidad ocurridos en nuestro país entre los años 1976-1983.

*instalado por la costumbre internacional que ya tenía vigencia al tiempo de los hechos (...)*¹⁰².

Como se desprende, el máximo órgano judicial nacional expresó la existencia de la norma de *jus cogens* como un mero artilugio argumentativo sin invocar, conforme los parámetros del Derecho Internacional Público, si tal norma imperativa existía (en cuanto a su comprobación) al tiempo de comisión de los hechos, conforme los requisitos ya enunciados que debe reunir toda norma imperativa, sea cual fuere la naturaleza que se le invoque (consuetudinaria o convencional).

Repárese, en este punto, que la Convención de las Naciones Unidas de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad ha sido ratificada *por sólo 54 Estados*¹⁰³ **a la fecha**. Bajo tales circunstancias es válido preguntarse si la existencia de esa Convención (y otras manifestaciones de *opinio juris internacional*) constituyen una expresión de derecho internacional consuetudinario¹⁰⁴, o si el limitado número de ratificaciones revela la insuficiencia de apoyo internacional¹⁰⁵.

Si bien es cierto que la CSJN finca muchas de sus decisiones sobre la persecución y castigo de los crímenes de lesa humanidad en base a la jurisprudencia emanada de la CorteIDH, ello no es óbice para sostener que incluso aquí o, más aún, en dicho supuesto¹⁰⁶, la propia afirmación de la

¹⁰² Arancibia Clavel, Enrique L. - SJA 2004-IV-426 (voto de los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco, considerando 27).

¹⁰³ Cfre: página de la ONU: <http://treaties.un.org>.

¹⁰⁴ Más aún, cabría preguntarse si a la **fecha de los hechos** que son objetos de enjuiciamiento *-actualmente-* existía *-realmente-* una norma de *jus cogens*. Nos preguntamos ¿La había realmente?, ¿Existía una práctica general reconocida como derecho?. La práctica internacional demuestra que no; que la norma de *jus cogens* -con el contenido propio expresado por la CSJN- no había alcanzado los contornos precisos como para expresar la aceptación de un número grande e importante de Estados.

¹⁰⁵ REMIRO BROTONS ha señalado que **no existía tratado ni costumbre que estableciera tal regla (la de la imprescriptibilidad) y que el escaso número de firmantes de dicha convención no permite tampoco considerarla costumbre internacional**. Cfre: REMIRO BROTONS, "Los crímenes de Derecho Internacional y su persecución judicial", en *El Derecho Penal Internacional*. Cuadernos de Derecho Judicial, 2001, p. 120 (el subrayado nos pertenece).

¹⁰⁶ Se ha señalado que: "(...) la CSJN no ha ponderado conforme al Derecho Internacional la jerarquía de las fuentes normativas, asignando a fuentes secundarias, no autónomas, complementarias de las principales, valor superior y diferente al que poseen en el plano internacional (vg. Jurisprudencia y cuasi jurisprudencia de órganos de Organizaciones Internacionales o sistemas surgidos de pactos internacionales, i.a. Asamblea General de

CSJN resulta dogmática y carente de asidero ya que no se asienta en los propios requisitos que debe reunir la norma de *jus cogens* para su existencia en cuanto tal.

Vale recordar que la CorteIDH ha sostenido que las normas sobre prescripción son inaplicables a conductas violatorias de derechos humanos. En relación a ello, Alicia Gil Gil afirma, en una posición que compartimos que:

"(...) la Corte IDH (...) primero las declaró (a las conductas violatorias) incompatibles con las obligaciones de investigar y sancionar. Después fundamentó la imprescriptibilidad en el Derecho Internacional., calificando la violación como crimen contra la humanidad y afirmando erróneamente la existencia de una supuesta norma general de jus cogens que sería previa a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad (...)"¹⁰⁷.

Como se desprende, la tesis de la costumbre o de la legalidad débil -en palabras de Ezequiel Malarino- defendida entre otros por la CSJN sostiene, en lo que aquí interesa, que el principio de legalidad del art. 18 de la Constitución Nacional se satisface -al menos en el caso de crímenes internacionales- con una norma consuetudinaria previa al hecho¹⁰⁸. Pero la cuestión aquí analizada no finca en determinar si el principio de legalidad debe ceder, en sus postulados tradicionales, por motivos históricos, filosóficos¹⁰⁹ o de otra índole frente a la gravedad de los hechos que se enjuician, justificando la aplicación de un criterio más laxo en orden al mentado principio constitucional sino que, por el contrario, lo que se

Naciones Unidas, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, etc. (...)". DRNAS DE CLEMENT, Zlata, "La aplicación del Derecho Internacional (...)", op. cit. p. 96.

¹⁰⁷ GIL GIL, Alicia, 2012, "La fertilización cruzada entre las jurisprudencias de Derechos Humanos y de Derecho Penal Internacional y el uso defectuoso de la jurisprudencia ajena. Ejemplificación en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su cita por otros tribunales", en *Revista de Derecho Penal, número extraordinario*, Dir. Edgardo Alberto Donna, Bs. As., ed. Rubinzal-Culzoni, p. 135.

¹⁰⁸ MALARINO, Ezequiel, 2012, *Derechos Humanos y Derecho Penal, Estudios sobre el sistema interamericano de protección de derechos humanos y derecho penal internacional*, 1da. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Grupo Editorial Ibáñez, Colección Internacional n° 39, p. 99.

¹⁰⁹ Ver en tal sentido el excelente trabajo de PEREZ BARBERA, Gabriel - AGÜERO, Alejandro, "Contrapunitivismo y neopunitivismo. Perspectiva histórica y moral", en *Revista Derecho Penal y Criminología*, La Ley, Año II, N° 2, marzo de 2012.

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Noviembre de 2013- A3.V2.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

pretende poner en el tapete es que el propio entimema¹¹⁰ enunciado en párrafos anteriores no reúne los requisitos propios que el **Derecho Internacional Público exige para la configuración del *jus cogens***.

Es que, no debe olvidarse, la cuestión aquí analizada encuentra su razón de ser en la propia aplicación realizada por un tribunal de orden interno (CSJN) de aquellas fuentes del derecho internacional público, las cuales constituyen normas de Derecho Internacional Público, como lo es el *jus cogens*. Si ello es así, si la aplicación por parte de la CSJN de una fuente propia del ámbito internacional conlleva a un choque entre las reglas y principios de derecho penal internacional y nacional, nunca podrá obviarse el principio rector en la materia: *nullum crimen sine lege también rige en el ámbito del derecho penal internacional y las fuentes del ordenamiento jurídico internacional surgen de las fuentes del derecho internacional, por lo cual deben regirse por sus parámetros y no por otros*.

Vale recordar en este punto que la ley 26.200¹¹¹ la cual implementa el Estatuto de Roma en Argentina, establece en su artículo 13 lo siguiente: *“Ninguno de los delitos previstos en el Estatuto de Roma ni en la presente ley puede ser aplicado en violación al principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional. En tal caso, el juzgamiento de esos hechos debe efectuarse de acuerdo con las normas previstas en nuestro Derecho vigente”*. Como se desprende, aun cuando se considerará derecho vigente –en nuestro país– al derecho consuetudinario internacional¹¹², la aplicación del mismo por parte de la CSJN e incluso por los tribunales inferiores, ineludiblemente conllevaría a su adecuación a las reglas emanadas del Derecho Internacional, el cual prescribe ciertos requisitos imprescindibles para su configuración.

Otro argumento de peso para sustentar la postura traída a consideración se encuentra referido a que el principio de legalidad se encuentra previsto

¹¹⁰ El razonamiento evidenciado por la CSJN se presenta como retóricamente más poderoso y persuasivo cuando se lo enuncia entimemáticamente, sin embargo, dicho aspecto retórico, es **ajeno al lógico**.

¹¹¹ Sancionada el 13/12/2006; promulgada el 05/01/2007; publicada en B.O el 09/01/2007.

¹¹² Cuestión sumamente controvertida. Repárese que la propia ley 26.200 expresa, en su primera parte, que rige el respeto al principio de legalidad según dispone nuestra Carta Magna.

en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 11.2), en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (art, 7º), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 9º), en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 9º).

Según todos estos textos, nadie será condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el Derecho nacional o internacional. Es decir, los instrumentos de derechos humanos receptan el aspecto temporal del principio de legalidad.

Si se parte de la premisa, aún discutida, de que el principio de legalidad puede verse relativizado en su aplicación a las cuestiones que regula el derecho penal internacional (v.gr: crímenes de derecho internacional, entre otras), **nunca puede obviarse**, a nuestro entender, la cuestión trascendental de que el mentado derecho penal internacional es una rama mayormente derivada del Derecho Internacional Público y que, por ello, lo relevante sería que el derecho aplicado por los tribunales **no resulte violatorio de los elementos que toda costumbre internacional** debe reunir.

Es evidente que el castigo de los crímenes de derecho internacional se erige en un mandato de justicia elemental, pero ello no debe conducir a extremos que, en puridad de término, cercenarían la base misma que debería regir en todo derecho internacional que reclama validez universal. El recurso a la costumbre internacional *-al menos en materia penal-* debería estar reservado a los casos excepcionalísimos en donde **no existe ninguna duda acerca de la existencia y contornos de la norma que se pretende aplicar**.

La norma consuetudinaria debe ser algo evidente, algo, por decirlo de modo coloquial, que salte a la vista. Si un juez debe hacer trabajosas elucubraciones para saber cuál es la costumbre, entonces eso más bien indica que esa pretendida costumbre no existe¹¹³ y que, en todo caso, el activismo judicial evidenciado por la CSJN con escaso apego a la

¹¹³ Cfre: MALARINO, Ezequiel, "(...) Derechos Humanos y Derecho Penal (...)", op. cit. p. 105.

jurisprudencia y doctrina internacional en la materia ha abierto la Caja de Pandora¹¹⁴

CAPÍTULO V

Conclusiones

La aplicación de la norma de *jus cogens* en el ámbito interno por parte de la CSJN constituye, aún hoy, una cuestión de incipiente análisis doctrinario pero, por sobre todo las cosas, de alto interés práctico. Decimos que es un tema de evidente relevancia práctica porque implica –en su génesis- que el juez de orden interno debe precisar la jerarquía y naturaleza de la mentada norma jurídica al aplicarla al caso concreto.

Dicha operación del intelecto debe realizarse, según ya se adelantó, conforme los parámetros establecidos por el Derecho Internacional Público. Es que la norma de *jus cogens* constituye, sin lugar a dudas, una norma consuetudinaria internacional de alcance general lo cual conlleva a que su análisis y ponderación deba realizarse conforme la rama jurídica mencionada. Si ello no es así, si al aplicarla al caso concreto se efectúan disquisiciones de *lege ferenda* entonces ya no nos encontraremos con una aplicación genuina del derecho aplicable.

El activismo judicial, en palabras de Ezequiel Malarino, conlleva a que la Corte intente encubrir la creación judicial de derecho derivando: "(...) *reglas jurídicas concretas de conceptos absolutamente abstractos, como la "idea de justicia objetiva", las "leyes de humanidad", el "clamor universal", o la "conciencia jurídica universal (...)"*¹¹⁵.

Lo sustentado en párrafos anteriores no implica pregonar un deconstrucción del concepto de *jus cogens* en desmedro de sus efectos ya

¹¹⁴ LINDERFALK, U. "The Effect of Jus Cogens (...)" op. cit. p. 853-871.

¹¹⁵ MALARINO, Ezequiel, "(...) *Derechos Humanos y Derecho Penal (...)*, op. cit. p. 34 y siguientes. Si bien el autor de mención se refiere a la actividad propia desarrollada por la Corte Idh, sus argumentos – a nuestro entender- son plenamente aplicables al caso que nos ocupa.

señalados¹¹⁶ sino que, por el contrario, lo que en realidad se persigue es indicar que el término *jus cogens* puede ser utilizado, como en realidad se hace, como un mero artificio retórico. En otras palabras, se introduce en una sentencia dicho término jurídico y parecer ser que ya nada se puede oponer al mismo o que, en el peor de los casos, ningún argumento jurídico valedero en su contra es eficaz para contrarrestar sus evidentes consecuencias deseables. Si la impronta de dicha norma jurídica es tan importante, más trascendente debería ser, a su vez, su análisis y comprobación conforme los parámetros ya enunciados y postulados por el Derecho Internacional Público.

Lo contrario, es decir una aplicación sin tapujos por parte de los tribunales de orden interno de la mentada norma jurídica conduciría, sin lugar a dudas, a una evidente desigualdad en el plano, no solamente sustancial sino, también, procesal. Es que la ampliación judicial del Derecho que tiende al intervencionismo y a la restricción de no pocas de las garantías político-criminales clásicas, como lo señala el Dr. Daniel Pastor en su teoría del neopunitivismo implica, a nuestro entender, un franco retroceso en el propio avance y consolidación de una justicia transicional, tan necesaria y urgente para el avance de una sociedad que aspira a resolver sus realidades y coyunturas pasadas –y presentes- de manera democrática pero, por sobre todas las cosas, de forma ajustada a derecho.

Bibliografía

- ABELLO-GALVIS, R., 2011, *Introducción al estudio de las normas de jus cogens en el seno de la comisión de Derecho Internacional*, CDI, Universitas. Bogotá (Colombia) N° 123: 75-104, julio-diciembre.
- ACOSTA ESTEVÉZ, José, *Normas de ius cogens, efecto erga omnes, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos*, publicado en Dialnet Dirección URL: <http://www.dialnet.unirioja.es>.
- AMBOS, Kai, *Nurember revisited, Das Bundesverfassungsgericht, das Völkerstrafrecht und das Rückwirkungsverbot*, en especial apartado I. *Nürnberg und das Rückwirkungsverbot*, publicado www.department-ambos.uni-goettingen.de
- AMBOS, Kai, 2010, "La construcción de una parte general del derecho penal internacional", en AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel, WOISCHNIK,

¹¹⁶ Tal como lo expresó en su opinión disidente el juez Antonio Augusto Cançado Trindade en su voto emitido en la causa "Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)", ([Corte Internacional de Justicia](http://www.corteinternacionaldejusticia.org/) 03/02/2012).

Jan, *Temas actuales de Derecho Penal Internacional, contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Uruguay,.

- BALCARCE, Fabián, I., 2009, "Introducción al estudio de la parte especial del Derecho penal", en *Derecho penal, parte especial, Libro de estudio, tomo I*, Fabián. I. Balcarce. Director, Córdoba, Editorial Advocatus.

- BARBERO, Natalia, 2012, "El principio de legalidad en Derecho Penal Internacional", en *Revista de Derecho Penal, número extraordinario*, Dir. Edgardo Alberto Donna, Bs. As., Editorial Rubinzal-Culzoni.

- BASSIOUNI, M. Cherif, 1999, "International Criminal Investigations and Prosecutions: From Versailles to Rwanda, en BASSIOUNI, M. Cherif (editor), *International Criminal Law*, tomo 3, 2º edición.

- CARDONA LLORENS, J., 1985, "La responsabilidad internacional por violación grave de obligaciones esenciales para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional (el "crimen internacional")", en *ADI*, VIII.

- CARRILLO SALCEDO, Juan A., 1976, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, 2da. Edición, Madrid, Ed. Tecnos.

- CHRISTOL, Carl Q., *The jus cogens Principle and International Space Law, Proceedings of the twenty-sixth Colloquium on the law of Outer Space*.

- COPI, Irving M., 2010, *Introducción a la Lógica*, 4ª ed. 3ª reimp, Bs. As., Editorial Eudeba.

- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, consultado en página web: www.rae.es.

- DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M., 1983., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tomo I, sexta edición, Madrid, Editorial Tecnos.

- DOBOVSEK, José., "La Jurisdicción internacional Penal", en *Aequitas virtual*, publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional del Salvador, en página web: www.usal.edu.ar.

- DOBOVSEK, José, 2007, "Breves consideraciones sobre el Derecho Internacional Penal General y sus relaciones con los sistemas penales particulares", en *Anuario de Derecho Argentino de Derecho Internacional*, 1ed. Rosario: Asociación Argentina de Derecho Internacional.

- DRNAS DE CLEMENT, Z., El jus cogens en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en página web: *Academia Nacional de Derecho*: <http://www.acader.unc.edu.ar>.

- DRNAS DE CLEMENT, Z., SARTORI, Marta Susana, 2011, *La Aplicación del Derecho Internacional en los fallos de la CSJN Argentina*, Córdoba, Editorial Lerner.
- ECHEVERRI, Pablo, *Ius cogens en sentido estricto y en sentido lato: una propuesta para fortalecer la consecución de la paz mundial y la garantía del corpus iuris internacional de protección al ser humano*, publicado en Dialnet Dirección URL: <http://www.dialnet.unirioja.es>.
- FERRAJOLI, Luigi, 1995, *Derecho y Razón*, Traducido por Andrés Ibáñez, Buenos Aires, Editorial Trotta.
- FIERRO, Guillermo J., 2003, *Legalidad y retroactividad de las normas penales, fuentes del derecho, legalidad en el Derecho Tributario, procesal penal y aduanero*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi.
- FILIPPINI, Leonardo, "El prestigio de los derechos humanos, respuesta a Daniel Pastor", publicado en *Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale* disponible en: www.juragentium.unifi.it/about/index.-htm.
- GARCIA RAMIREZ, Sergio, "La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones", en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos un cuarto de siglo: 1974-2004*, publicado en página web: www.corteidh.or.cr.
- GIL GIL, Alicia, 2005, "La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (en línea), núm. 07-r1, p. r1:1-r1:18. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-r1.pdf>.
- GIL GIL, Alicia, 2012, "La fertilización cruzada entre las jurisprudencias de Derechos Humanos y de Derecho Penal Internacional y el uso defectuoso de la jurisprudencia ajena. Ejemplificación en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su cita por otros tribunales", en *Revista de Derecho Penal, número extraordinario*, Dir. Edgardo Alberto Donna, Bs. As., ed. Rubinzal-Culzoni.
- GÓMEZ ROBLEDO, A., 2003, "El ius cogens internacional, Estudio crítico-histórico, Segunda edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas", *Serie Doctrina jurídica*, Núm. 147, Universidad Nacional Autónoma de México, Méjico.
- GUGGENHEIM, P., 1967, *Traité de droit international public*, ed., Librairie Georg, Ginebra.

- HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, 2012, "Crímenes internacionales, jurisdicción y principio de legalidad penal", en *Revista de Derecho Penal, número extraordinario*, Dir. Edgardo Alberto Donna, Bs. As., Editorial Rubinzal-Culzoni.
- JAKOBS GÜNTHER - CANCIO MELIA M., 2005, *Derecho Penal del Enemigo*, Editorial Buenos Aires, Hammurabi.
- LASCANO, Carlos J (h) y otros, 2005, *Derecho Penal, Parte General*, Libro de Estudio, Córdoba, Editorial Advocatus.
- LINDERFALK, ULF, 2008, "The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever opened Pandora's Box, Did You Ever Think About the Consequences?", *EJIL*, Vol. 18 n° 5.
- LINDERFALK, ULF, 2012, "What Is So Special About Jus Cogens?: On the Difference Between the Ordinary and the Peremptory International Law", *International Community Law Review*, vol. 14.
- LINDERFALK, ULF, 2011, "The Creation of Jus Cogens: Making Sense of Article 53 of the Vienna Convention", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 71, (Obtenible en <http://www.zaoerv.de/>).
- MALARINO, Ezequiel, 2012, "El crimen contra la humanidad de desaparición forzada de personas en la jurisprudencia argentina: algunos problemas de relación con el principio de legalidad penal", en *Revista de Derecho Penal, número extraordinario*, Dir. Edgardo Alberto Donna, Bs. As., ed. Rubinzal-Culzoni.
- MALARINO, Ezequiel, 2012, *Derechos Humanos y Derecho Penal, Estudios sobre el sistema interamericano de protección de derechos humanos y derecho penal internacional*, 1da. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Grupo Editorial Ibáñez, Colección Internacional n° 39.
- MUÑOZ CONDE, Francisco - GARCIA ARAN, Mercedes, 2002, *Derecho penal. Parte General*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, 2005, *De nuevo sobre el Derecho Penal del Enemigo*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi.
- NÚÑEZ, Ricardo, 2009, *Manual de Derecho penal, Parte General*, quinta ed., actualizada por el Dr. Roberto E. Spinka, Córdoba, Editorial Lerner.
- PAGLIARI, Arturo Santiago, 2007, *Curso de Derecho Internacional Internacional Público*, Córdoba, Editorial Advocatus.
- PAGLIARI, ARTURO S., *Fragmentación del Derecho Internacional. Aplicación y efectos*, en página web: www.oas.com.
- PASTOR, Daniel R., 2012, "Los fundamentos apócrifos de una imprescriptibilidad selectiva (o la prescriptibilidad penal como garantía de

seguridad jurídica)", en *Derecho Penal y Democracia. Desafíos actuales*, libro homenaje al Prof. Dr. Jorge De La Rúa, Editorial Córdoba, Editorial Astrea.

- PASTOR, Daniel R., 2005, "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos", en *Revista Jurídica: Nueva Doctrina Penal*, 2005/A, Buenos Aires, Editorial Editores del Puerto.

- PASTOR, Daniel R., 2010, "La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del Sistema interamericano de Derechos Humanos, ¿Garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del Estado?", en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho Penal Internacional*, tomo II, AMBOS, Kai, MALARINO Ezequiel, ELSNER Gisela (editores), Konrad-Adenauer-Stiftung, Uruguay.

- PASTOR, Daniel R., - GUZMAN, Nicolás, 2008, *Neopunitivismo y Neoinquisición, Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado (prólogo)*, Bs. As., ed. Ad-Hoc.

- PEREZ BARBERA, Gabriel - AGÜERO, Alejandro, 2012, "Contrapunitivismo y neopunitivismo. Perspectiva histórica y moral", en *Revista Derecho Penal y Criminología*, Editorial La Ley, Año II, N° 2, marzo.

- QUISPE REMON, Florabel, 2010, "Ius cogens en el Sistema Interamericano: su relación con el debido proceso", en *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, publicado en Dialnet Dirección URL: <http://www.dialnet.unirioja.es>.

- RAMIREZ, William, "Derechos Humanos en Guatemala, Evidencias de impunidad o impunidad en evidencia", en AMBOS, Kai, *Impunidad, Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, publicado en dialnet: Dirección URL: <http://www.dialnet.unirioja.es>.

- REITER-KORKMAZ, Axelle, "Going Global: Individual Rights, Universal Norms and the Existence of an Overarching Normative Hierarchy in International Law", *European Journal of Legal Studies* (<http://www.ejls.eu/4/53UK.htm>).

- REMIRO BROTONS, A., 1983, *Derecho internacional público. Principios fundamentales*, Madrid, Editorial Astrea.

- REMIRO BROTONS, 2001, "Los crímenes de Derecho Internacional y su persecución judicial", en *El Derecho Penal Internacional*. Cuadernos de Derecho Judicial.

- RIGHI, Esteban, 2007, *Derecho penal: parte general*, 1da. ed., Bs. As, Editorial Lexis Nexis.

- ROXIN, Claus, 1997, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, traducción de la 2º. Edición alemana por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Editorial Civitas.

- RUIZ FABRI, H., 2012, "Enhancing the Rhetoric of Jus Cogens", *European Journal of International Law*; vol. 23. (Obtenible en www.ejil.org).
- SARKIN, Jeremy, 2012, "Why the Prohibition of Enforced Disappearance has attained 'Jus Cogens' Status in International Law", *Nordic Journal of International Law*, vol. 81. (Obtenible en www.ppl.nl).
- SATZGER, Helmut, 2012, "Modelos de participación en el Derecho Penal Internacional", en *Revista de Derecho Penal, número extraordinario*, Dir. Edgardo Alberto Donna, Bs. As., Editorial Rubinzal-Culzoni.
- SCHWARZENBERGER, Georg, A. 1967, *manual of International Law*, Stevens and Sons, London.
- SOLER, S., 1963, *Derecho Penal Argentino*, Tomo I, Bs. As., Editorial TEA.
- TINTI, Guillermo P., "Autonomía de la voluntad en el contrato y criterios para su consideración judicial", en *Academia Nacional de Derecho*. Dirección URL: <http://www.acaderc.org.ar>.
- VALLARTA MARRÓN, José Luís, *La argumentación jurídica en torno al jus cogens internacional*, en página web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: www.juridicas.unam.mx.
- VARON MEJIA, Antonio, *Orden Público Internacional y Normas Jus Cogens: Una perspectiva desde la Comisión de Derecho Internacional y la Convención de Viena de 1969*, publicado en Dialnet Dirección URL: <http://www.dialnet.unirioja.es>.
- VERDROSS, Alfred, 1976, *Derecho Internacional Público*, 5º edición alemana, refundida y aumentada con la colaboración de Stephan Verosta y Karl Zemanek, Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar.
- VILLAPANDO, WALDO, *El nuevo Derecho Penal Internacional. Los crímenes internacionales*, publicado en Dialnet Dirección URL: <http://www.dialnet.unirioja.es>.
- ZAFFARONI, Eugenio R., ALIAGA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, 2000, *Derecho Penal, Parte General*, Bs. As., Ed. Ediar.
- ZAFFARONI, EUGENIO R., 2006, *El Enemigo en el Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Ediar.

Fallos

Corte I.D.H., Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros), cit., y Corte I.D.H., Caso Castillo Páez, cit., párr. 10.

CSJN, 05/10/1983 -Cabrera, Washington Julio Efraín v. Comisión Técnica Mixta de Salta Grande s/ despido -Fallos 305:2150.

CSJN, 02/11/1995 - Priebke, Erich s/ solicitud de extradición / causa n° 16063/94), JA 1996-I-328.Fallos 318:21485

CSJN, 13/08/1998 - Suárez Mason, Carlos Guillermo s/ homicidio, privación ilegal de la libertad, etc. -Fallos 321:2031.

CSJN, 24/08/2004 - Arancibia Clavel, Enrique L. -JA 2004-IV-426

Corte Suprema de Justicia de la Nación: Delitos de lesa humanidad: Secretaría de Jurisprudencia. - 1a ed. - Buenos Aires, 2009 en <http://www.csjn.gov.ar>.

Cita de este artículo:

GARCÍA AMUCHASTEGUI, S. (2013) "El jus cogens y su impronta en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina" *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Noviembre de 2013, Año 3, Vol. 2. pp. 119-172. Recuperado (Fecha de acceso), de

LOS PARTIDOS POLÍTICOS COMO INSTRUMENTOS DE CONTROL DE LA DEMOCRACIA

Ana Luz Moyano Vega Aciar

Abogada, Doctoranda del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset y Universidad Complutense de Madrid.
Adscripta en la cátedra de Derecho Civil IV
Universidad nacional de La Rioja.

Palabras claves:

*Partidos políticos;
elecciones; democracia;
comportamiento político.*

Key words:

*Political parties;
elections; democracy;
political behavior.*

Resumen

Los partidos políticos como instrumentos de control, teniendo en consideración los partidos de los gobernantes principales y mayoritarios, los partidos opositores, el período entre las elecciones y el de las elecciones.

Abstract

The political parties as instruments of control of the ruling party taking into account the main and majority leaders, opposition parties, the period between the elections and the elections.

Introducción

El presente trabajo propone abordar el tema de los partidos políticos como instrumentos de control de los gobernantes teniendo en consideración los partidos de los gobernantes principales y mayoritarios, los partidos opositores, el periodo entre las elecciones y el de las elecciones.-

El partido Político como organización voluntaria de miembros o como intermediario entre los dirigentes (gobernantes) y la sociedad, debe velar por el control de los representantes en sus políticas cotidianas. Este "deber" muchas veces se ve en detrimento frente a intereses particulares o de pocos que obstaculizan de diferentes maneras este control, perjudicando de manera directa la democracia.-

Hoy en día, donde la honestidad y la conducta honorable se han convertido en virtudes cardinales exigibles en todos los ámbitos de la sociedad, aun mas de los gobernantes, los ciudadanos en forma particular o a través de instituciones reclaman el control de sus representantes y cumplimiento de valores y principios.-

La operatividad funcional de control de estas instituciones se halla enormemente condicionada. La información es la herramienta vital que debe colaborar paralelamente en estos mecanismos de control, que muchas veces es usada mas para manipular la realidad, o como yo le digo "maquillarla" de tal manera que sea mas hermosa y positiva los intereses de los que la manejan o la solventan.-

Continuare mencionando como esta situación ha llevado a muchos a desestimar la importancia de los partidos como instrumentos del sistema político de control de los gobernantes, poniendo en duda la capacidad movilizadora y de representación de estas agrupaciones.-

Representantes y representados- comportamiento político

En la actualidad las sociedades son mas complejas, de masa, con mayor diferenciación, la democracia directa presenta una imposibilidad objetiva. , en la que se incorporan mecanismos de representación y dimensión vertical¹. Esto es, la constitución de autoridad. La democracia empieza a ser pensada como representativa *que es la forma de gobierno en la que el pueblo no es el que toma las decisiones que le atañen, sino que eligen a sus representantes que deben decidir por el*; pero de ninguna manera pensaban que instituyendo una democracia representativa degenerase el principio del poder popular, frente a la imposibilidad del autogobierno.-

La correcta administración de la voluntad general se logra con los procesos electorales que crean un mercado y competencia política a la que concurren agentes con ofertas y demandas de proyectos políticos y los votos de los ciudadanos.-

En este contexto de idea se ha mencionado que:

“La democracia es exigente, ya que no solo exige comportamientos coherentes con los objetivos definidos a través de la libre competencia electoral. Es exigente, sobre todo, porque quiere que esos comportamientos tengan un fundamento ético, de moralidad pública, de respeto a principio y criterios”. “En su base subyacen algunos valores entre los que destacan la libertad y el dominio de la Ley. En su persecución de equilibrios democráticos, derivados de sus preferencias y de sus votos, los ciudadanos deciden que

¹ **RUIZ, MIGUEL ALFONSO.** 2008. *El Saber Del Ciudadano. Las Nociones Captales de la Democracia.* Editorial Alianza. Madrid. Pág. 106-109.

espacio (y en que medida) otorgar otros valores, tales como la justicia social, la igualdad y la solidaridad”². -

Pero considerando que los hombres no son Ángeles, es indispensable que se plasmen una y otra vez reglas e instituciones políticas y sociales capaces de obligar a un **comportamiento político y éticamente productivo para la comunidad**, como también **mantener a los descarriados en los márgenes de la esfera política**³.-

Se puede mencionar, incluso si se confía en que un dado gobernante no abusara de su posición, no hay garantía de que esto no sucederá con futuros gobernantes.⁴ Lo que O´Donnell estima es que no existe seguridad incluso en las personas encargadas de controlar a los gobernantes, porque las motivaciones de los mismos pueden ser sospechosas también. Así se evidencia una “contradicción” donde la misma aparece, por un lado: con el deseo de vivir en un estado bajo pactos políticos que proporcionen bienes públicos básicos y soluciones colectivas, y, por el otro, el temor de los peligros, de la trama confusa que aguardan detrás de ese gran poder que debe ser constituido si tales bienes y soluciones han de ser provistos. Se remarca la tensión entre esos dos deseos igualmente racionales: uno, que aquellos que tomen las decisiones colectivamente vinculantes lo hagan con efectividad, es decir, con suficiente poder como para lograr los fines deseados y, otro, que existan suficientes controles sobre las decisiones para protegerse de las consecuencias que pueden encontrar seriamente nocivas para los intereses o identidad. El deseo simultáneo de alta decisividad y efectivo control es tan racional como contradictorio.⁵.-

La política, esa actividad que muy esquemáticamente, consiste en comprometerse a gobernar una comunidad organizada, siempre ha tenido la necesidad de una ética pública, esto es, un conjunto de principios, estilos,

² **PASQUINO, GIANFRANCO.** 2000. *La Democracia Exigente*. Editorial Alianza. Madrid. Pág. 68-69.

³ *Ibidem*, pág. 52.

⁴ **O´DONNELL, GUILLERMO.** 2004. “Acocountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política”. *Revista Española de ciencia Política*. Num. 11. España. Pag.11-31.

⁵ *Ídem*.

costumbres, límites, naturalmente, de valores compartidos, en los cimientos de la vida de las comunidades organizadas y en la inspiración de los líderes que las han gobernado, sino que ha sido precisamente el ocaso de aquellos principios, de aquellos estilos, de aquellas costumbres y de aquellos valores (ósea, del espíritu ético público), y el desconocimiento de los límites de la política, lo que ha producido la corrupción de aquellos líderes y la decadencia de aquellas comunidades⁶.-

Pero asimismo, para introducir y consolidar la ética pública "es indispensable que exista, o este formándose, **un público que exija y pretenda que se respeten esos principios**, se apliquen esos criterios y se actúe en consecuencia premiando o castigando"⁷.

Ese público, son los ciudadanos, definidos en sentido estricto en contraposición de súbditos como: los que: "*pertenecen a una determinada comunidad política con la capacidad de participación política en un régimen democrático*"⁸.-

Pero para ser plenamente ciudadanos, se necesita un reconocimiento y disposición efectiva de derechos y condiciones: reconocimiento: de los derechos políticos necesarios para la participación democrática y la disposición: de una básica igualdad social que proporcione los derechos civiles, la suficiente educación y el bienestar básico que pretender asegurar los derechos sociales.⁹ -

De los ciudadanos proviene el poder político (autoridad para ejercer ese poder). Estos incluyen el derecho de participar en los procesos que conducen al acceso a roles gubernamentales, y por lo menos un conjunto mínimo de derechos civiles, habitualmente llamados en este contexto derechos políticos (especialmente de libre expresión, asociación, acceso a la información y circulación) sin los cuales tal participación sería ficticia. La razonable efectividad de esos derechos es condición necesaria para la

⁶ **PASQUINO, GIANFRANCO.** *La Democracia...* Ob. Cit. Pág. 52.

⁷ *Ibidem*, Pág. 53.

⁸ **RUIZ MIGUEL, ALFONSO.** *El Saber del...* Ob. Cit. Pág. 110.

⁹*Ibidem*. Pág. 94.

existencia del poder político democrático y de su autoridad para gobernar. Consecuentemente, el ejercicio de este poder debe estar guiado- negativamente- por la restricción de no infringir esos derechos-, y positivamente- de fomentar su difusión y goce¹⁰.-

El control de los gobernantes

La desconfianza del poder, especialmente del poder que puede movilizar una coerción abrumadora en su apoyo, es tan vieja como la sociedad humana, donde la noción del poder de control se vio como una necesidad de recurrir a ella.-

Podemos encontrar controles institucionales, como lo llaman algunos autores por un lado y por el otro, el control por parte del pueblo.-

Desde los orígenes de la democracia y el republicanismo compartieron esta desconfianza e implantaron **controles institucionales** fundados en la idea de dividir, y en la medida de lo posible de balancear, varias agencias ubicadas en el ápice de ese algo que puede emitir decisiones colectivamente vinculantes y respaldarlas con la supremacía de la coerción.¹¹-

El propósito de proteger derechos contra el estado, las mayorías y otras áreas de poder abusivas tuvieron su exposición y concertación con el constitucionalismo, las declaraciones de derechos y la revisión judicial y constitucional.-

Pero en América Latina pese a estar consagradas estas protecciones en las constituciones, no pasan de ser "barreras de pergamino" cuando no se cuenta con un firme compromiso de proteger esos derechos en los controles institucionalizados.-

Las constituciones democráticas contemporáneas, otorgan relativa autonomía a estos poderes por medio de su división e interpretación parcial, y les asignan jurisdicciones que son cuidadosamente especificadas

¹⁰ O´DONNELL, GUILLERMO. "Acocountability....Pag.11-31.-

¹¹Ídem.

mediante normas legales, incluyendo las constitucionales. Estas relaciones están basadas en la idea de que la jurisdicción de las agencias estatales tienen límites legalmente definidos que ellas no deben transgredir. Sin embargo algunas de esas relaciones inraestales se origina cuando una institución considera que otra ha sobrepasado ilegalmente su jurisdicción. Ante situaciones de este tipo, nos encontramos frente a un caso de accountability horizontal (*La existencia de Instituciones estatales que tiene autoridad legal y están fácticamente dispuestas y capacitadas para emprender acciones que van desde el control rutinario hasta sanciones penales, en relaciona a actos u omisiones de otros agentes o instituciones del estado que pueden, en principio o presuntamente, ser calificados como ilícitos*) específicamente de balance (que es ejercida por alguno de los grandes poderes: ejecutivo-legislativo-judicial, a los que las constituciones intentan balancear¹²

Pero este balance se ve comprometido por las limitaciones que sufre: las mismas instituciones de balance tienden a actuar de manera reactiva, las decisiones tienden a ser muy dramáticas creando conflictos visibles, costosos y los mismos actores son motivados por razones partidarias prescindiendo de toda imparcialidad convirtiéndose en ineficientes para solucionar el conflicto.-

Fruto de la verificación de las limitaciones de Accountability horizontal de balance, se crearon agencias de accountability horizontal asignada. Agencias encargadas de supervisar, prevenir, disuadir, promover la sanción u omisiones presuntamente ilegales de otras instituciones estatales. A diferencia de las anteriores no fueron creadas con la intención de balances generales de poder, sino de confrontar riesgos más específicos de trasgresión o corrupción¹³.-

¹² Ídem.

¹³ Ídem.

O'Donnell expresa que en una democracia que funcione adecuadamente encuentra en las asignadas un útil complemento y refuerzo de las de balance. Pero por otra parte, en democracias que funcionan deficientemente, las agencias asignadas pueden ser importantes para facilitar e incluso promover varios tipos de accountability vertical.-

Con la Revolución Francesa se gesta la idea de evitar y controlar la tendencia de los representantes a autonomizarse. Destacando la "necesidad de que alguien que supervise en nombre de la Nación a los representantes de la Nación misma"¹⁴.-

Por consiguiente "el ojo del **control del pueblo**"¹⁵ se impone en ese contexto fundamentado en la desconfianza en los representantes. Así "el gobierno representativo se convierte pronto en el mas corrupto de los gobiernos si el pueblo deja de inspeccionar a sus representantes"¹⁶

La idea de control asociada a otro imperativo: "opinión pública", permite resolver el problema de la expresión de la voluntad general. En 1789 la expresión representa para los hombres una fuerza que no cesa de manifestar en todas partes sin estar representada ni instituida en un lugar particular. Constituye plenamente por eso el pueblo como presencia activa y permanente. De esta manera, el "control del poder por la sociedad", moviliza mecanismos de control análogos a los descritos por Foucauir. De los cuales la vigilancia, la denuncia y la calificación constituyen tres modalidades principales. -

En este contexto, **Rosanvallon** define a la primera de las modalidades mencionadas (la **vigilancia**) como: velar, estar en estado de alerta, estar en guarda, los cuales son atributos esenciales de la ciudadanía. Tal vigilancia es a la vez control y acción. Control en primer lugar como una mirada puntillosa y permanente sobre los actos de los gobernantes. También la considerara como una modalidad de la acción. Por si misma no produce nada, pero no puede entenderse como una simple actitud pasiva.

¹⁴ Archives parlementaires de France (en adelante A.P.) 1ra. Serie, t, IX, Pág. 61

¹⁵ **ROSANVALLON, PIERRE.** 2007. *La contra democracia. La Política en la era de la desconfianza.* Editorial Manantial. Buenos Aires. Pág.45.

¹⁶ Suplemento al n1 70. 21 de Junio de 1791. Pág. 1.

Define una forma particular de intervención política que no depende de la toma de decisión ni del ejercicio de una voluntad.

Este poder de control concierne por igual a todos los individuos, y puede ser ejercido por todos los individuos por si mismo, sin representación y sin riesgo para el cuerpo político, constituye esencialmente la soberanía nacional.-

En la actualidad el desarrollo en los medios de comunicación, ha permitido que los mismos sean capaces de influenciar a las personas, contribuyendo decisivamente a determinar los temas en los cuales se centran los debates de la sociedad. La vigilancia contribuye por ese rodeo a modelar el campo de las políticas públicas y establecer el orden de prioridades de la acción gubernamental. Siendo más eficaz que muchas formas de participación institucionalizadas.¹⁷-

La segunda modalidad del control es la **denuncia**, donde se "hace saber, se hace conocer, se devela", "el control de los actos de los gobernantes por medio de la publicidad"¹⁸. La debelación del escándalo descansa en la fe en el papel corrector de la publicidad de esa situación condenable y de los culpables que estuvieron ocultos. Produciendo un efecto de Institución de las acciones de denuncia, donde conducen efectivamente a reafirmar y profundizar las normas o valores colectivos¹⁹.-

En la el día de hoy se manifiesta en la relación sociedad - transparencia. Donde "los líderes políticos han acentuado ellos mismos su exposición mediática, haciendo de la puesta en escena de su vida privada un elemento clave de su credibilidad"²⁰. "Si se le exige menos que demuestren su pertenencia a un campo, deben, en cambio, multiplicar las pruebas de honestidad personal y manifestar su proximidad con los electores"²¹. Así la

¹⁷ Ídem.

¹⁸ **CF. GUIHAUMOU, JACQUES**, *La contra democracia. La Política en la era de la desconfianza*. Editorial Manantial. Buenos Aires. Pág. 56.

¹⁹ **ROSANVALLON, PIERRE** - *La contra democracia...* Pág.56-60.

²⁰ **CF. SOBRE COMENTARIOS DE BOLTANSKI, LUC Y THEVENOT, LAURENTE**. *La contra democracia. La Política en la era de la desconfianza. La denuncia*. Editorial Manantial. Buenos Aires. Pág. 61.

²¹ **REVISTA MOTS CONSAGRANDO LA PROXIMIDAD** (nº 77, marzo 2005). *La contra democracia. La Política en la era de la desconfianza. La denuncia*. Editorial Manantial. Buenos Aires. Pág. 62.

simplicidad y la transparencia se han convertido en virtudes políticas vitales.-

Como resultado la reputación se ha convertido en un principio cardinal de las democracias de opinión, un regulador social interno, que se sobrepone a los efectos de los mecanismos propiamente institucionales. Asimilándolas a las sociedades gobernadas por el honor²².-

La calificación, es la tercera forma que adopta el poder de vigilancia. Consiste en una evaluación documentada, técnicamente argumentada, a menudo cuantificada, de acciones de particulares o de políticas más generales. El objetivo es el peritaje de la calidad y la eficiencia de una gestión.

De esta manera ninguna estructura pública puede ampararse detrás de un estatuto que baste para legitimar su existencia o modos de funcionamiento. Lo mismo se aplica para el orden propiamente político.-

Por un lado, se introduce la obligación de una legitimación más fuerte de las acciones, como consecuencia de la evaluación y la calificación. Los ciudadanos ponen a prueba permanentemente la competencia de los gobernantes y el resultado de sus acciones. Evaluando un conjunto de informaciones a menudo no tenidas en cuenta en las decisiones de los gobernantes, tomadas con mayor distancia. Por otra parte, ha evolucionado la relación entre gobernantes y gobernados, desapareciendo paulatinamente "el desnivel de capacidades". Podemos atribuir estas consecuencias a la diseminación de la información técnica y del conocimiento experto en general, así como el aumento del nivel intelectual, que contribuyeron de manera decisiva a ese juzgamiento permanente de los gobernantes²³.-

Siguiendo este contexto de ideas O'Donnell clasifica a este control:: en primer lugar: Accountabiliy Societal vertical (mecanismo no electoral, pero vertical, de control de autoridades políticas que descansa en las acciones, individuales y colectivas, que ocurren en la sociedad en cualquier momento entre las elecciones. Parte de estas acciones están dirigidas a reparar,

²² ROSANVALLON, PIERRE. *La contra democracia...* Ob.Cit. Pág.61-62.

²³ ROSANVALLON, PIERRE. *La contra democracia...* Ob. Cit. Pág.66-68.

impedir y/o sancionar acciones, y a veces omisiones, de individuos electos en cargos nacionales o subnacionales, así como de funcionarios estatales no electos. Emplea herramientas institucionales y no institucionales. La activación de demandas legales o reclamos ante agencias de control es un ejemplo de recursos institucionales; las movilizaciones sociales ilustran las no institucionales); y en segundo lugar la accountability electoral²⁴.-

Algunos autores como Maravall consideran que el control del gobierno, depende de la capacidad de los votantes para sancionar o recompensar a los políticos en el momento de las elecciones. Donde el voto constituye un instrumento sancionador²⁵. En este control democrático, la capacidad de los votantes dependerá específicamente de la información a la accedan para valorar la actuación de los gobiernos, de que les sea posible atribuir responsabilidades y así castigar o no a los gobernantes como consecuencia de su gestión.-

Los partidos políticos

Como primeras definiciones podemos mencionar de los partidos políticos: **"...las agrupaciones de personas que sostienen opiniones políticas que pretenden hacer prevalecer a efectos de orientación y de la gobernación del Estado..."**²⁶.-

Según la famosa definición de Weber el partido es: **"...la forma de socialización que, escansando en un reclutamiento libre, tiene como fin, proporcionar poder a su dirigente dentro de una asociación y otorgar por ese medio a sus miembros activos determinadas probabilidades ideales o materiales..."**²⁷.-

Mientras que Giovanni Sartori precisó que: un partido político puede

²⁴ O´DONNELL, GUILLERMO. "Accountability horizontal... Ob. Cit. pag.11.

²⁵ MARAVALL, JOSE MARIA. *El control de los políticos...* Ob. Cit. Pág. 22.

²⁶ OSSORIO, MANUEL. 1996. **DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES**. Ed. Helianta, Argentina.

²⁷ WEBER, MAX, 1969. *Economía y sociedad*. Fondo de Cultura Económica. México. pág. 228.

llamársele a "**...cualquier grupo político que se presenta a competir en elecciones y que puede colocar mediante ellas a sus candidatos en cargos públicos...**"²⁸.-

Sáez y Freidenber consideran a estas organizaciones en relación al sistema político y como sistemas en si mismos. Esto obliga a pensar en los partidos como sistemas que cuentan con un conjunto de reglas y normas, escritas o consuetudinarias, que implantan el tipo de interacción que debe procurarse en el interior del mismo y en relación con el entorno; que eligen a su representantes a partir de un sistemas electoral propio, que reclutan sus miembros, que cuentan con sus propios poderes de toma de decisiones y que tienen su sistema de resolución de conflictos internos. El ambiente que rodea a este mini sistema político (partido político) influencia sobre el y a la vez, el partido puede modificar de diversas maneras su ambiente. De este modo, el partido posee dos ámbitos donde pueden observarse su comportamiento y donde diversos grupos participan, los cuales son el ámbito interno y el ámbito externo.-

El ámbito interno comprende, por un lado, los individuos y , en su caso, grupos que integran el partido, y por otro lado, las estructuras, las normas y organismos creados para la toma de decisiones, el gobierno y la dirección de la organización partidista. Estas reglas son necesarias, ya que permiten encuadrar a sus miembros y organizar sus actividades, tomar decisiones acerca de sus propuestas políticas y estrategias lectorales. En cambio el ámbito externo de la organización se refiere al vinculo entre el partido y su entorno el papel, actividades desempeñadas por determinados actores y organismos del partido en los ámbitos en los que estos actúan (arena gubernamental, legislativa y electoral).-

Así desde un enfoque ambiental "*Los partidos son organizaciones que tienden a adaptar sus estructuras y tipo de funcionamiento a las condiciones que el ambiente les dispone. Sobre los diversos factores que presionan sobre los partidos y que pueden ser condicionantes de sus*

²⁸ **SARTORI, GIOVANNI.** 1980. *Partidos y sistemas de partidos.* Alianza Editorial. Madrid (versión original 1976). pág. 111.

cambios”, ver Katz y Maier(1992,1994). Los cambios del ambiente mas notorios que pueden darse son las modificaciones el tipo de régimen político y el contenido de reglas de este, variaciones en el sistema electoral, la expansión del sufragio, el control y acceso a las comunicaciones, el acceso a los subsidios estatales, los resultados electorales que provocan la búsqueda de responsables de derrotas y artífices de triunfos”²⁹.-

Los partidos políticos como instrumentos de control de los gobernantes

Dentro de este tema trataremos de abordar como influye en el control que el partido desde dos relaciones: dirigentes y afiliados (dentro del mismos que los gobernantes sean de su partido o sean partidos de oposición) o como de intermediario entre los dirigentes- ciudadanos en un primer lugar y luego el rol que deben cumplir estos partido en el periodo entre elecciones y el de las elecciones mirados

Desde la relación entre afiliados y dirigentes, los partidos en cuanto a organizaciones, encarnan una relación de agencia entre afiliados y dirigentes.-

Donde un actor, el agente (los dirigentes), actúa por cuenta de otro, el principal (los afiliados), y supone que el primero ejecuta las preferencias e intereses del segundo.³⁰.-

Por consiguiente pueden coincidir los intereses de los afiliados y los dirigentes. Podemos suponer que los afiliados prefieren ciertas políticas y que, si quieren el poder, es para llevarlas a la practica. También que sus preferencias pueden estar lejos de las del votante mediano, pero que estarán dispuestos a hacer concesiones para ganar las elecciones. Tales concesiones, tienen un limite: las personas que se afilian a los partidos por

²⁹ **ALCATAR SAEZ, MANUEL Y FREIDERBERG, FLAVIA.** 2001. *Partidos Políticos de Latinoamérica Cono Sur-Organización y Funcionamiento Interno de los Partidos Políticos en America Latina.* Instituto Federal Electoral Fondo de Cultura Económica. México. Pág. 12.

³⁰ **MARAVALL, JOSE MARIA.** *El control de...* Pág. 15.

motivos ideológicos, si quieren que su organización llegue al gobierno no es por las prebendas del poder, sino para que su partido ponga en practica políticas en las que creen.-

En cuanto a los dirigentes, tiene preferencias políticas, desean tener el poder en el partido y en el gobierno, y quieren maximizar su autonomía cuando sus políticas no coincidan con las de los afiliados. Esto ultimo puede deberse a que los políticos quieran recabar votos o a que sus políticas, una vez en el gobierno, sean impopulares entre los activistas.³¹

Los afilidaos de los partidos suelen tener más derechos como ciudadanos que como militantes. Carecen con frecuencia de canales para expresar voz y solo pueden optar por la salida o por una lealtad silenciosa.

En los partidos de los gobernantes, el control de los mismos estará relacionado si el gobierno interno del partido es una oligarquía o una democracia.-

Los gobernantes creen no ser responsables ante su electorado sino a la oligarquía del partido por haberlos posicionado. Cuando la democracia interna del partido es limitada, los electores tienen casi nula participación a la hora de decidir quienes serán los futuros los candidatos, ya que los burócratas realizaran dicha elección.-

Pero en realidad deben su mandato constitucional a los electores y no a los afiliados, debiendo responder por quienes lo eligieron y no consultando cada decisión que han de tomar con el partido y su miembros como mencionan Sáez y Freidenberg³².-

La democracia en el partido dependerá de que los militantes cuenten con información sobre las estrategias y políticas de sus dirigentes, de que

³¹ MARAVALL, JOSE MARIA. *El control de los...* Ob. Cit. Pág. 28.

³² ALCATARA SÁEZ, MANUEL y FREIDENBERG, FLAVIA. Ob. Cit. Pág. 19.

puedan controlar su actuación y de que puedan obrar reeligiéndolos o destituyéndolos³³.-

Por consiguiente, el complejo escenario del control democrático de los gobiernos, los gobernantes estarán respaldados por su propio partido, que a menudo mantendrá la unidad mediante poderosos instrumentos disciplinarios.-

A mi parecer esta relación recíproca de deuda y favores, es lo que imposibilita por un lado, al gobernante sentir la presión constante, no control, por parte de su partido en la toma de decisiones, las que el partido le solicite para su beneficio. Y en cuanto al partido, si el gobernante cumple los requerimientos del mismo, exigirá su apoyo y la manipulación de la información y sus afiliados para su beneficio, en consecuencia es muy difícil ejercer un control sobre el buen desempeño. -

Los políticos que quieran seguir en el poder y maximizar el margen de la maniobra de sus políticas, sobre todo si son impopulares o incumplen promesas al electorado. Para alcanzar tales objetivos, desarrollarán estrategias dirigidas a su propio partido y a la opinión pública (los ciudadanos)³⁴.-

Por lo que el mismo partido del gobernante puede llegar a controlar a su representante o contar con las manos atadas para hacerlo por la oligarquía del mismo partido, su burocracia y la falta como la manipulación de la información.-

Entonces muy difícil el control de los representantes cuando son del mismo partido. Salvo cuando ante alguna dificultad, como estrategia, cambian al dirigente que se haya convertido en un molestia vergonzosa, aunque la responsabilidad de las políticas sea colectiva (gobernantes y partido) con el fin de competir una y otra vez e un futuro lejano.-

³³ MARAVALL, JOSE MARIA. *El control de los...* Ob. Cit., Pág. 19.

³⁴ *Ibidem*, Pág. 26.

Por lo que es necesario la institucionalización de los roles de la oposición en un régimen político, se ha constituido en uno de los perfiles esenciales que hacen tanto a la liberalidad de las instituciones, como al ejercicio abierto del poder y al equilibrio del sistema.-

Al exponer sobre las funciones capitales de los partidos políticos, Linares Quintana sostiene que en una democracia, el partido gobernante asume la pesada responsabilidad de dirigir el gobierno, mientras que el partido minoritario toma para sí una no menos grave responsabilidad al tener que hacer la crítica de los actos de la agrupación en el poder. Tan importante como la acción del partido en el poder, es la crítica constructiva del partido opositor.³⁵

Es por ello que puede afirmarse, sin ironía, que en la actualidad va desarrollándose una plena y clara conciencia, en el sentido de que la vigencia de un régimen democrático exige la existencia de uno o más partidos políticos de oposición, que no sólo disputen el acceso al poder con el que lo ocupa, sino que discutan con él las soluciones políticas a los requerimientos sociales, como una dimensión insoslayable del pluralismo y de la convivencia en el disenso, presupuesto inexcusable de la democracia.³⁶. En fin estos partidos de oposición serán los que llevarán el control de los gobernantes de manera más efectiva.-

Los partiditos políticos mirados como **intermediarios entre los dirigentes y la sociedad**, Maravall diferencia entre los partidos oligárquicos y los democráticos, los primeros pueden perjudicar la democracia cuando los mismos partidos se convierten en obstáculos para el control de los políticos por los ciudadanos y sus dirigentes utilizan la propia institución para manipular información. En cambio con los segundos, pueden llegar a ser importantes instrumentos de control político de los gobiernos.-

³⁵ **LINARES QUINTANA, SEGUNDO**, 1960. *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*. Tomo 7. Editorial Alfa. Buenos Aires. Págs. 568 y 569.

³⁶ **HARO, RICARDO**, 1979. "La oposición política en el régimen democrático", en *Los presupuestos de la democracia*. Buenos Aires. Universitas. enbiblio.juridicas.unam.mx/libros.

Para que un partido político funcione como vínculo entre los ciudadanos y el proceso político deberá atender las preferencias de los votantes y controlar al gobierno en el poder y el de la oposición.-

Los ciudadanos al votar un programa, esperan el control por parte del partido de sus dirigentes a fin de que cumplan las políticas que han prometido.-

Cuando los miembros de un partido no puedan vigilar las actividades de sus dirigentes y el propio partido no sea más que un instrumento para manipular la información se resentirán la capacidad de los ciudadanos de controlar al gobierno.³⁷.-

Los electores deberán utilizar mecanismos como la denuncia, la divulgación para exponer la falta de cumplimiento de las promesas de los gobernantes, pero para que suceda, nuevamente, vemos como requisito indispensable para lograrlo, **“la información”** y la **“verosimilitud y calidad de la misma”** que la mayoría de las veces son versiones parciales, o diferentes de la realidad por la manipulación que realizan los gobernantes en uno de los casos a través de sus propios partidos.-

El papel de control de los partidos debe ser permanente tanto el periodo entre las elecciones, como el de las elecciones. Deben ser una garantía para los ciudadanos y los afiliados de que velaran por el cumplimiento efectivo de los intereses de todos.-

El papel atribuido a los partidos en las acciones de control se reduce de hecho simultáneamente, al ser esas organizaciones remitidas mas un a su papel específico en el funcionamiento del gobierno electoral-representativo³⁸.-

Es de ese modo se debe comprender el descrédito de los partidos políticos: En primer lugar, hay causas funcionales: diseminación y la reapropiación social de formas de oposición y control. Pero igualmente es

³⁷ MARAVALL, JOSE MARIA. *El control de los...* Ob. Cit. Pág. 31.

³⁸ ROSANVALLON, PIERRE. *La contra democracia...* Pág. 290.

resultado del equivoco de su posición intermedia entre el campo electoral-representativo y la contrademocracia.³⁹.-

Como menciona Marvall Los partidos aunque nacieron como vehículos de participación popular y muchas constituciones lo define como tales, se han convertido con frecuencia en maquinarias dominadas por oligarquías guiadas por sus propios fines. Se han convertido en instrumentos para la competencia y el poder, más que mecanismos de control de los políticos.-

El control de los políticos no deja de producir cierto desaliento y escepticismo. Se confirma el punto central del que parte el autor: la enorme diferencia de información entre gobernantes y ciudadanos limita en muy alto grado la capacidad de los segundos para obtener la rendición de cuentas.-

En primer lugar, se presentan las estrategias de manipulación de los gobernantes. Luego, aparecen las contradicciones internas en los partidos que están en el poder, entre la propensión a la democracia interna, que actúa en la dirección de mostrar división, algo que el electorado sanciona, y la rígida disciplina acrítica, cuyo producto es la cerrazón, que priva de la preciada información que el votante precisa para saber del cumplimiento o no del programa y las causas de los cambios. -

Conclusión

Los partidos son instrumentos elementales del juego político y estructuras de intermediación imperiosas para el funcionamiento del sistema político. Los mismos sirven en la vida política para estructurar la competencia y dar forma a los resultados electorales; orientan a los ciudadanos y a las elites en cuanto a la comprensión de la realidad política, ayudan a concertar acuerdos en torno a políticas, establecen acciones para la producción legislativa y, con todo ello, hacen operativo al sistema político. Los partidos continúan siendo los actores principales en la

³⁹ *Ibidem*. Pág. 290.-

estructuración de la dinámica política -

Para mi es imprescindible que los mismos ejerzan el control de los representantes tanto el periodo entre las elecciones, y finalmente en las elecciones. Debe ser un control permanente.-

Es en este contexto que el papel de la información desde los mismos partidos y los medios de comunicación escritos, radiales y televisivos, adquieren gran dimensión, en la medida influyen decisivamente en la capacidad para controlar a los gobernantes, que permite premiarlos o castigarlos por sus acciones. ¿Pero como hacerlo si la misma casi siempre es maquillada o manipulada? Es la pregunta que debemos responder.

Por lo que es necesario estudiar los partidos como mecanismos de control mas a fondo y observar el modo en que interactúan los diversos actores que los integran; sus características y su naturaleza; estrategias que desarrollan para alcanzar sus metas, su participación en los procesos de toma de decisiones; el modo en que se produce la política y ésta se ejerce, y principalmente estudiar la trasmisión de la información. Todo ello ayudaría a reflexionar sobre sus falencias y contribuiría a establecer los puntos que llevan a ineficiencia en el control de los gobernantes.-

BIBLIOGRAFÍA

- ALCATAR SAEZ, MANUEL Y FREIDERNBERG, FLAVIA. 2001. "Partidos Políticos de Latinoamérica Cono Sur-Organización y Funcionamiento Interno de los Partidos Políticos en América Latina" .Instituto Federal Electoral Fondo de Cultura Económica. México.
- HARO, RICARDO, 1979, "La oposición política en el régimen democrático", en Los presupuestos de la democracia. Buenos Aires. Universitas. en biblio.juridicas.unam.mx/libros.
- LINARES QUINTANA, SEGUNDO, 1960. *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*. Editorial Alfa. Buenos Aires.
- MARAVALL, JOSE MARIA, 2003. *El control de los políticos*- Editorial Taurus. España.

- O´DONNEL, GUILLERMO, 2004. "Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política". Revista Española de ciencia Política. Num. 11. Octubre. España.
- OSSORIO, MANUEL, 1996. *Diccionario de ciencias jurídicas. políticas y sociales*. Ed. Helianta. Argentina.
- PASQUINO, GIANFRANCO. 2000. *La Democracia Exigente*. Editorial Alianza. Madrid.
- ROSANVALLON, PIERRE. 2007. *La contra democracia. La Política en la era de la desconfianza*. Editorial Manantial. Buenos Aires.
- RUIZ MIGUEL. ALFONSO, 2008. *El saber del ciudadano. Las nociones capitales de la democracia*. Editorial Alianza. Madrid.
- SARTORI, GIOVANNI, 1980. *Partidos y sistemas de partidos*. Alianza Editorial. Madrid.
- WEBER, MAX, 1969. *Economía y sociedad*. Fondo de Cultura Económica. México.

Cita de este artículo:

MOYANO VEGA ACIAR, A. L. (2013) "Los partidos políticos como instrumentos de control de la democracia" *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Noviembre de 2013, Año 3, Vol. 2. pp. 173-192. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

EL SOBREENDEUDAMIENTO DE LAS PERSONAS FISICAS Y SU POSTERIOR CONCURSO: TRABAJO DE CAMPO REALIZADO SOBRE CAMARAS CIVILES, COMERCIALES Y DE MINAS DE LA 1^o CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL

Nadime J. Sufán

Abogada; Maestranda de la Maestría en Derecho Privado (UNR); Profesora Adscripta de la cátedra de Derecho Comercial III (U.N.La.R.); Ayudante de Primera de la cátedra de Derecho Privado II Universidad Nacional de La Rioja.

Palabras claves:

Deuda, consumo, patrimonio, obligaciones, concurso.

Key words:

Debt, consumption, heritage, obligations, competition.

Resumen

El presente trabajo tiene el propósito de conocer si el fenómeno de concurso de las personas físicas a raíz del sobreendeudamiento se da en el ámbito local.

Abstract

This work aims to know whether the phenomenon of natural persons as a result of the debt overhang contest occurs at the local level.

I.- INTRODUCCION

El presente trabajo desarrolla una situación actual y trascendente como lo es el sobreendeudamiento familiar, situación que trae aparejada una nueva figura de derecho: el sobreendeudamiento de los consumidores y su posterior utilización del sistema concursal como alternativa de saneamiento económico, a los fines de que la persona obtenga el denominado "fresh start".

Esta problemática relaciona dos ramas del derecho, como lo son el derecho civil y el derecho comercial -específicamente el derecho concursal-, pues estas personas físicas utilizan, o mal utilizan, el proceso concursal, ya sea liquidativo o de reorganización como la forma de reacomodar su patrimonio. A pesar que la actual ley de Concursos y Quiebras es inapropiada para esta clase de deudores.

Indagar sobre éste fenómeno a través del presente trabajo de campo, analizando los procesos concursales presentados en los últimos años en nuestra ciudad de La Rioja, permitirá advertir si aquí también ha llegado.

Sucede que estamos pasando de una cultura donde el ahorro era importante a una cultura donde el endeudamiento es lo importante, ya que el acceso al crédito es moneda corriente y no se realiza con responsabilidad, ni del tomador del crédito ni del dador.

Solucionar la situación de endeudamiento en que se encuentran numerosos consumidores es una prioridad, que en diversos países de Europa ya se ha legislado.

Analizando la situación a la luz de la Teoría Trialista del Derecho la visión del sobreendeudamiento y concurso del consumidor se hace más completa.

II.- EL SOBREENDEUDAMIENTO FAMILIAR

El uso del crédito por parte de particulares para acceder a bienes y servicios se ha extendido de tal forma que hoy se pueden adquirir en cuotas artículos de bajo costo con la sola presentación de documentación que permita identificar al adquirente. Este tipo de financiación es utilizada

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Noviembre de 2013- A3.V2.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

especialmente por las economías familiares, que teniendo una determinada expectativa de ingresos, afectan un porcentaje de su renta a la compra de bienes, a través del crédito en cuotas.

Asistimos en la actualidad a la explosión del consumismo. El consumidor, permanentemente bombardeado por publicidad, con fin de satisfacer su espíritu consumista, llega incluso a hacer un uso irresponsable del crédito y autogenerarse una situación de sobreendeudamiento que posteriormente le será difícil superar.

La teoría tradicional económica sostiene que cuantas más opciones tengan los consumidores será mejor, en contra a lo que hoy sostiene Daniel Kahneman (premio Nobel de Economía y padre de la economía del comportamiento) quien asegura, que cuando una persona se enfrenta a muchas opciones, se abruma y termina eligiendo sobre la base de criterios no racionales¹.

Jean Baudrillard en su libro "La sociedad de Consumo" señala:

"el crédito desempeña aquí (en la sociedad de consumo) un papel decisivo, aunque no intervenga más que parcialmente en los presupuestos de gastos. Su concepción es ejemplar, porque, bajo el pretexto de gratificación, de facilidades de acceso a la abundancia, de mentalidad hedonista y liberada de los viejos tabúes del ahorro, etc. el crédito es en realidad un adiestramiento socioeconómico sistemático al ahorro forzado y al cálculo económico de generaciones enteras de consumidores, que, de otro modo, habrían escapado, en el transcurso de sus existencia, a la planificación de la demanda, y habrían resultado inexplotables como fuerza consumidora²".

Las ciencias se encuentran también al servicio de los proveedores, pues numerosas veces su objetivo es conquistar a los consumidores. La utilización de la llamada neuroeconomía, economía de la felicidad, economía de redes, neurobiología, entre otras disciplinas, en pos de establecer estrategias de venta e inducción a consumo, son lo más nuevo.

Ciencia y tecnología al servicio de los proveedores permite que sean ellos quienes determinan las necesidades de los consumidores, conforme una

¹ CAMPANARIO, Sebastián, 2005. *La Economía de lo Insólito*, ed. Planeta, Bs. As., pág. 60.

² BAUDRILLARD, Jean, 1.974. *La sociedad de consumo*, trad. Alicia Bixto, ed. Plaza y janes, Barcelona, pag. 43.

estrategia y evolución de sus expectativas. En este sentido, reseña el Dr. Atilio A. Alterini:

"Por otra parte, y en sentido contrario a lo que ha sido propio del mercado clásico, en la actualidad la producción no es una consecuencia necesaria de la demanda. Tradicionalmente, la demanda de cierto producto o servicio antecedió a la oferta, y ésta atendía las necesidades insatisfechas. Ahora, en cambio, el productor procura crear las necesidades en el público, orientándolo para que compre productos que, unilateralmente, ha decidido poner en el mercado. A tal fin, provoca una estimulación de la demanda mediante la publicidad; de modo que, en la realidad de los hechos, quien decide qué va a ser consumido es el productor y no el consumidor".

Continúa el Profesor Alterini: "...todo esto viene acompañado de un renovado abanico de problemas, que deberían ser asumidos rápidamente por el derecho, sino sólo están disponibles las reglas fundantes del sistema"³.

En este sentido, se afirma que el endeudamiento de las personas físicas es un tema que siempre existió. No es fenómeno nuevo. Sin embargo, el problema se generalizó a partir del proceso de globalización, llegando a nuestros tiempos a hablarse de situaciones de sobreendeudamiento. Es que previo a la globalización económica se produjo un proceso de globalización cultural. Para el proceso de apertura económica es necesaria la globalización del consumo, es decir, es necesaria para la oferta la globalización de la demanda. Los avances tecnológicos no sólo sirvieron para expandir los capitales o mundializar los negocios, sino también para expandir la cultura del consumo.⁴

Encontramos así que en el sobreendeudamiento del consumidor los sujetos de los repartos son los dadores del crédito (entidades financieras, etc.), quienes actúan como repartidores al ofrecer y dar créditos a las personas, repartiendo en un principio potencia; y los beneficiarios son los

³ ALTERINI, Atilio Aníbal, "El consumidor en la sociedad postmoderna", LA LEY 1996-E, Bs. As., 818.

⁴ GRANADOS, Ernesto I. J. y GERBAUDO, Germán E., 2009. "El sobreendeudamiento del consumidor. Alternativas para su solución", Ponencia presentada en Congreso de Derecho Concursal, Comisión N° 1. Mendoza.

consumidores (personas), quienes en un principio reciben potencia, pero luego al endeudarse se convierte en impotencia.

Eso que en un principio era potencia (crédito) muchas veces se transforma en impotencia, pues los consumidores al sobreendeudarse y acumular deudas en demasía, se ven luego imposibilitados de pagarlas. Este consumidor sobreendeudado, imposibilitado de cancelar sus deudas, pasa él mismo a ser el repartidor, pero de impotencia de su acreedor, quien ahora es beneficiario de dicha impotencia.

Generalmente estos repartos son autónomos, pues son el fruto de la voluntad libre de los contratantes que realizan un negocio jurídico, aunque se trate siempre de contratos con cláusulas preestablecidas. Expresa la Dra. Nicolau que: *"...ante el incumplimiento del deudor, se produce una transformación, se cambia la forma de repartir, ya no hay acuerdo, el reparto autónomo se transforma en autoritario"*⁵.

Muchas veces ante estas situaciones extremas de falta de cumplimiento de las obligaciones interviene el Estado. Y como explica la Dra. Nicolau:

"un nuevo reparto, distinto a la obligación se origina cuando el legislador, supremo repartidor, interviene adjudicando una impotencia al acreedor, obligándose a conceder un plazo para el pago o a admitir un pago parcial. En estos casos el beneficiario es el deudor y el sujeto gravado es el acreedor".

Tal es lo que sucede al recurrir el deudor al procedimiento establecido en la ley de Concursos y Quiebras, ya sea que opte por un procedimiento de liquidación (quiebra) o de reorganización (concurso preventivo).

Las razones de estos repartos difieren, pero son siempre íntimas de los consumidores que en un principio son beneficiarios, hay veces ni siquiera se puede encontrar razones, pues son el fruto de una adicción al consumo impulsada por la publicidad y el sistema capitalista que promueven el consumismo.

III.- EL CONSUMIDOR COMO UN DEUDOR ESPECIAL

⁵ NICOLAU, Noemí, 1995. "Visión humanista del derecho de las obligaciones. Acerca del pago, el beneficio de competencia y el término de gracia", en Boletín del Centro de Investigaciones de filosofía jurídica y filosofía social, Facultad de Derecho U.N.R., Nº 6, Rosario, pág. 49.

El prototipo de deudor bajo riesgo y que es imperioso que el legislador tutele, es el deudor sobreendeudado que debe responder a las obligaciones generadas en el crédito al consumo con sus ingresos salariales previsible y que posee un pequeño patrimonio constituido básicamente por su vivienda y bienes muebles.

Bien ha señalado la Dra. Nicolau que no es fácil resolver la situación de un deudor que por razones no imputables a él se encuentra frente a un peligro grave e inminente que le impide cumplir, quedando así sometido al riesgo de la ejecución forzada y a la pérdida parcial o total de su patrimonio. Rescatamos las reflexiones del Dr. Colmo que la Dra. Nicolau trae a reflexión: *"...Por encima de lo económico de las vinculaciones obligatorias y del interés pecuniario del acreedor, están otras cosas más importantes: el derecho a la subsistencia del pobre deudor, que antes de tener que pagar a sus acreedores tiene que vivir..."*⁶.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, no ha sido ajena a la cuestión y ha dicho con relación a esta clase especial de deudor:

*"...Todos los individuos tienen derechos fundamentales con un contenido mínimo para desplegar plenamente su valor eminente como agentes morales autónomos, que constituyen la base de la dignidad humana que esta Corte debe proteger. Los derechos vinculados al acceso a bienes primarios entran en esta categoría y deben ser tutelados. La Constitución, al tutelar a los consumidores, obliga a sostener una interpretación coherente del principio protectorio, que en el caso se refiere al problema del sobreendeudamiento..."*⁷.

Ricardo Lorenzetti sostiene también que la necesidad de tutelar al consumidor no es reciente, la vulnerabilidad del consumidor es una cuestión previa a la relación jurídica de consumo y afirma que el derecho privado tradicional se ha mantenido neutral frente al mercado que censura herramientas intervencionistas⁸.

En el mismo sentido, Rubén Stiglitz señala que la "desigualdad" de

⁶ NICOLAU, Noemí, 1995. "La tutela del crédito frente a la tutela del débito", en Trabajos Del Centro N. 1, Rosario, pág. 12.

⁷ CSJN; Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra; voto de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni; Información de Prensa N° 21; Bs. As.; 15-3-2007.

⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis, 2.005. *Consumidores*, ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., pág. 381.

los contratantes existe aún antes del perfeccionamiento del contrato y sobreviene en la etapa funcional del mismo y evidenció la necesidad de hallar mecanismos que centren la atención en la protección de quien ya es desigual en etapa genética (de formación del contrato) y hallar fórmulas conducentes al restablecimiento del equilibrio perdido⁹.

Para finalizar, Crovi sostiene que la debilidad jurídica no se traduce en la pertenencia a una clase determinada, sino en aquellas situaciones que afectan la libertad contractual, importan abusos del derecho de uno de los contratantes, limitan sin contrapartida económica alguna la responsabilidad de una de las partes, establecen condiciones generales sorpresivas que fueron deliberadamente disimuladas u ocultadas al otro contratante, es decir, desnaturalizan la esencia del vínculo obligacional, la buena fe, la moral, y la equivalencia de las contraprestaciones¹⁰.

IV.- SOBREENDEUDAMIENTO: Concepto – Causas

El Comité Económico y Social europeo (CES), órgano consultivo de la Unión Europea, dio a conocer un dictamen sobre el sobreendeudamiento de los hogares. El CES estima que el sobreendeudamiento es un fenómeno que implica aspectos sociales, económicos, financieros y políticos a escala comunitaria, elementos todos ellos que influyen de manera directa sobre la consecución del mercado interior. En aras de la confianza de los consumidores, el desarrollo del mercado financiero transfronterizo debe estar dotado de la transparencia necesaria en su regulación, incluso en caso de incumplimiento.

Que se entiende por sobreendeudamiento, como medirlo, donde trazar la línea entre el endeudamiento corriente y excesivo y su concepto, son objeto de discusiones muy recientes en los ámbitos académicos y judiciales. Si bien no hay una definición unívoca de sobreendeudamiento, sí se coincide, que desde el punto de vista social es un *"fenómeno natural que toca una proporción de la población en cualquier momento y en circunstancias económicas particulares"*¹¹.

⁹ STIGLITZ, Rubén, 1992. *Autonomía de la voluntad y revisión del contrato*, ed. Depalma, Bs. As., pág. 29.

¹⁰ CROVI, Luis Daniel, 2003, "Los consumidores y otros débiles contractuales", DJ, -1-1154.

¹¹ Sobreendeudamiento: Parlamento Europeo. ECOSOC pide la reactivación del proceso de armonización de los regímenes legales en la Unión Europea (24 abril 2002 - INT/ 083).

Encierra una gran dificultad determinar cuándo un consumidor se halla sobreendeudado. En principio, parece claro que no plantean ninguna duda las situaciones de insolvencia definitiva, pero ¿dónde situar el límite entre el endeudamiento y el sobreendeudamiento? ¿Está sobreendeudado el consumidor que no llega a fin de mes? ¿Está sobreendeudado el consumidor que, para hacer frente a sus compromisos, reduce sus gastos por debajo del presupuesto familiar no suntuario medio, por debajo del salario mínimo, por debajo del umbral de la pobreza, por debajo de la pensión asistencial mínima?¹²

Igualmente cabe aclarar que sobreendeudamiento e insolvencia no son lo mismo, pues como afirma el Dr. Vítolo, el primero puede devenir en la segunda¹³.

El incremento de la deuda de los hogares tiene sus causas no sólo en el incremento del coste de la vivienda y la mayor confianza de los consumidores en su estabilidad laboral, en la baratura del crédito, sino también en la inestabilidad familiar (signos de este tiempo). Son estos los principales factores que conjugados colocan a los hogares ante un alto riesgo de sobreendeudamiento.

El incremento crediticio del consumo doméstico se considera un factor de desarrollo que debe estar, en todo caso, amortiguado por una red de seguridad que suavice y prevenga las dificultades de pago a las que irremediablemente se ve abocado un cierto porcentaje de las familias. El prototipo de consumidor bajo riesgo de sobreendeudamiento es aquél que debe responder de sus créditos al consumo con cargo a sus ingresos salariales previsibles y a un moderado patrimonio constituido básicamente por su vivienda.

En general pueden dividirse en dos las causas inmediatas del sobreendeudamiento de los consumidores:

- 1.- La asunción excesiva de deudas (sobreendeudamiento activo).
- 2.- La incapacidad sobrevenida de hacer frente a los créditos por causas imprevistas (sobreendeudamiento pasivo).

¹² TRUJILLO DIEZ, Iván Jesús, 2003. *El sobreendeudamiento de los consumidores*, ed. Comares Colección Estudios de Derecho Privado, España, pág. 10.

¹³

<http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/old/nota.php?ided=148&idsec=10¬a=3002> (9-. 08-2010). (página abierta a septiembre de 2.013).

El sobreendeudamiento activo se asocia con la adicción al consumo o, cuando menos, con el consumo irreflexivo. Las causas de la adicción se encuentran en la actitud acrítica frente a la publicidad y en la aceptación de valores e ideas consumistas.

El sobreendeudamiento pasivo se debe a determinadas contingencias sobrevenidas capaces de mermar la capacidad de ingresos o incrementar los gastos, impidiendo hacer frente a la deuda, tales como despido laboral, accidente, enfermedad o fallecimiento de uno de los cónyuges, asunción de gastos imprevistos (incremento de la familia, enfermedad de un hijo, sanciones tributarias, etc.), abandono del empleo de la mujer para cuidar de los hijos, separación o divorcio, etc.

Pero existen supuestos en los que la situación de sobreendeudamiento ni siquiera presupone la existencia de uno a varios préstamos o contratos de mutuo, sino el impago y acumulación de deudas al contado, impago de alquileres, facturas de agua, gas, luz, teléfono, de impuestos, etc., viniendo provocadas estas situaciones normalmente a causa de ciertos infortunios que aconsejan equipararlas a los casos de sobreendeudamiento pasivo.

La distinción entre sobreendeudamiento activo y pasivo plantea una discusión doctrinaria acerca de si sólo merece una especial protección el consumidor sobreendeudado por causas sobrevenidas y ajenas a su voluntad, pero no el consumidor que negligentemente ha asumido créditos excesivos a los que ya desde un principio no podía hacer frente¹⁴.

Desde el punto de vista objetivo existe sobreendeudamiento cuando el endeudamiento supera un porcentaje de los ingresos del grupo familiar, observando la incidencia de las deudas en los ingresos del grupo familiar. El punto de vista subjetivo, destaca que la imposibilidad de pago determina el estado sin importar la incidencia en los ingresos.

En un reciente fallo (Rinaldi, Francisco Augusto y otros c/ Guzmán Toledo, Roñal Constante y otro), la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en sus considerandos 19 y 20 de los votos de los Doctores Lorenzetti y Zaffaroni al tratar sobre los deudores hipotecarios resaltando la doctrina de la "tutela de los consumidores sobreendeudados", expresaron que: "...el sobreendeudamiento es la manifiesta imposibilidad para el consumidor de buena fe de hacer frente al conjunto de deudas exigibles".

¹⁴ TRUJILLO DIEZ, Iván Jesús; *El sobreendeudamiento ...* ob. cit., pág. 11 y ss.

A pesar de todo ello, la mayor ampliación del concepto de sobreendeudamiento depende de la extensión y número de los consumidores en apuros que el legislador pretenda proteger en caso de considerar necesaria la protección a este grupo de personas.

En todo caso, parece defendible la opinión de que el concepto de sobreendeudamiento debe ser independiente del de concurso de acreedores o, dicho de otra manera, que a los efectos de dispensar una tutela al consumidor sobreendeudado es indiferente la concurrencia de uno sólo o de varios acreedores, si de lo que se trata es de auxiliar al consumidor endeudado y no tanto de regular el conflicto entre las distintas personas con pretensiones sobre su patrimonio.

Menciona en un trabajo el Dr. Alegría algunos de los principales problemas vinculados al sobreendeudamiento, entre ellos la inadecuación de los procedimientos para la nueva faz de los fenómenos de la crisis o insolvencia de menor dimensión, expresa textualmente que:

"puede decirse, sin ambages, que en la actualidad una conjunción de fenómenos ha producido una evidente desarmonía entre los procedimientos para afrontar la crisis o la insolvencia de pequeñas unidades económicas y la nueva realidad a la que están destinados a aplicarse y resolver. La burocratización y, como mencionábamos más arriba, el panprocesalismo de las soluciones, provoca un dispendio de recursos, tanto de las partes como de los órganos del proceso, que hoy ya aparece inadecuado para su fin. Los fenómenos de la realidad actual referidos a la actividad económica de las personas individuales (consumidores, profesionales, artesanos, etc.) y su significación creciente en la economía moderna marcan que el exceso de rito no brinda el mejor y más eficaz tratamiento a esos fenómenos. El recargo de la justicia, la proliferación del crédito al consumo, la bancarización del sistema de pagos y la crisis sistémica como telón de fondo"¹⁵.

En materia de insolvencia de los consumidores (llamada también sobreendeudamiento para indicar diferencias con otras actividades económicas), se han enunciado una cantidad de factores que, seguramente,

¹⁵ ALEGRIA, Héctor, 2005. "Los llamados "pequeños concursos". Concurso de personas físicas, consumidores, patrimonios reducidos", LA LEY -E, Bs. As. 1353.

cualquier intérprete los vinculará con las vicisitudes propias de la vida personal. Así, por ejemplo, un relativamente reciente estudio de INSOL INTERNATIONAL (International Federation of Insolvency Professionals) dice:

"resolver los problemas de deuda de los consumidores puede ser muy complejo. Desafortunadamente, esos problemas son frecuentemente causados por o en relación con factores socio-psicológicos, como divorcios, jubilación, pérdida de empleo, adicciones, incapacidades, etc. Esas situaciones interfieren en la calidad de vida y en muchos aspectos pueden acarrear serias consecuencias para el deudor y para su familia y su proyecto de vida (way of life)".

Ese mismo informe resume las causas de sobreendeudamiento en ciertos tipos o caracteres abarcadores: así, por ejemplo, indica las deudas de sobrevivencia que son las mínimas para el mantenimiento de la vida del deudor, como alquiler, alimentación, educación, servicios del hogar - electricidad, agua, etc.- vestido. Deudas de sobreconsumo causadas porque el presupuesto del deudor se recarga con un estilo de vida extravagante con base en recursos de préstamo, típicamente cuando el deudor toma un nuevo préstamo porque no alcanza a pagar el anterior y puede reconocerse la causa en un manejo inadecuado o desconocimiento de las consecuencias financieras de los actos. Deudas compensatorias (compensation debts) derivadas de las consecuencias del sobreendeudamiento respecto de la exclusión social o el deseo de mantener un estilo de vida, originando conductas que perjudican la salud, deudas de juego, alcoholismo o enfermedad mental. Situaciones de relación y vida familiar, como gastos originados en el matrimonio, divorcio, nacimientos, la muerte de familiares o mayores gastos resultantes de responsabilidades, incluso las incurridas por el cónyuge. Infortunios (accommodation debts), originadas por pérdida de empleo o de ingresos (incapacidades) o enfermedades y deudas fraudulentas¹⁶.

En otros estudios se analizan también algunos aspectos patológicos, como la llamada adicción al consumo o el consumo irreflexivo, que cobrarán importancia cuando se sugiere calificar la buena fe del deudor.

¹⁶ "COSTUMER DEBT REPORT, 2001. Report of findings and recommendations", INSOL International, Londres.

V.- DE LA LEGISLACION SOBRE EL TEMA

Encontramos que las fuentes que regulan el tema, aunque no de forma directa y específica, son la Constitución Nacional, la ley de Concursos y Quiebras, la ley de Defensa al Consumidor; y la jurisprudencia que trata de suplir esa carencia de legislación.

Podemos afirmar, junto a numerosos autores, que hoy en Argentina las fuentes formales son insuficientes para regular y describir los repartos en la relación consumidor endeudado – acreedor. Es decir estamos ante una carencia normativa.

Se produce una situación donde al no existir legislación específica que regule el tema, es decir al existir una carencia de legislación es el propio juez quien imparte justicia en el caso concreto, elaborando la misma a través de una norma individual y tratando de equilibrar tanto la protección del crédito como de la deuda.

Sucede que la legislación que se aplica actualmente al caso, específicamente la L.C.Q., termina siendo injusta, pues trata al consumidor como un fallido común, perjudicando así también a los acreedores que en la mayoría de los casos no ven satisfecho sus créditos. Así mismo la L.D.C. no regula específicamente el sobreendeudamiento del consumidor, ni plantea modos de prevención y/o soluciones específicas a ello. Sólo podemos esperar que los dos proyectos de ley que se encuentran actualmente en nuestro Congreso regulen la situación que padecen muchísimas familias, quienes con responsabilidad propia también, se ven fuera del mercado debido al sobreendeudamiento; recurriendo a procesos que específicamente no fueron regulados para esas situaciones.

VI.- DEL ESTUDIO DE CASOS EN LA CIUDAD DE LA RIOJA

El fenómeno del sobreendeudamiento no es ajeno a nuestra provincia, afecta también la economía de numerosas familias riojanas. Muchas de estas personas físicas acuden a los estrados judiciales a fin de buscar una solución, algunas de ellas específicamente para utilizar el sistema a fin de un “nuevo comienzo”, saneando sus deudas de este modo.

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Noviembre de 2013- A3.V2.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

Cabe aclarar que las muestras fueron tomadas en las tres Cámaras Civiles, Comerciales y de Minas de la Primera Circunscripción Judicial, son procesos concursales iniciados entre el año 2.005 y hasta abril del año 2.011. Arrojando un total de 113 procesos concursales iniciados.

Se observó una mayor cantidad de Concursos Preventivos, es decir procedimientos destinados a la reestructuración del patrimonio. También que son las personas físicas las que en mayor número acudieron a los procesos concursales, evidenciando lo afirmado por la doctrina respecto a "sanear el patrimonio". Sin embargo la mayoría de estas personas afirman ser pequeños comerciantes, sin un gran patrimonio, pero incluyendo también deudas derivadas del consumo.

Adentrándonos en el análisis de causas por Cámaras podemos afirmar que la que mayor número de procesos concursales lleva a su cargo es la Cámara 4º Secretaría B, seguida por la Cámara 2º Secretaría B, lo cual las obliga a llevar dos despachos diferenciados para consulta y conocimiento de los letrados, uno general y el otro específico de procesos concursales.

Cabe aclarar que en la Cámara 1º B se abrieron dos procesos concursales entre los años 2.008 y 2.009, los cuales fueron remitidos a otra Cámara, siendo la que en menos procesos concursales entiende.

Se observa en el gráfico número 1 la cantidad de procesos concursales iniciados en cada Cámara Civil, Comercial y de Minas de la Primera Circunscripción Judicial de La Rioja, sobre un total de 113 procesos iniciados.

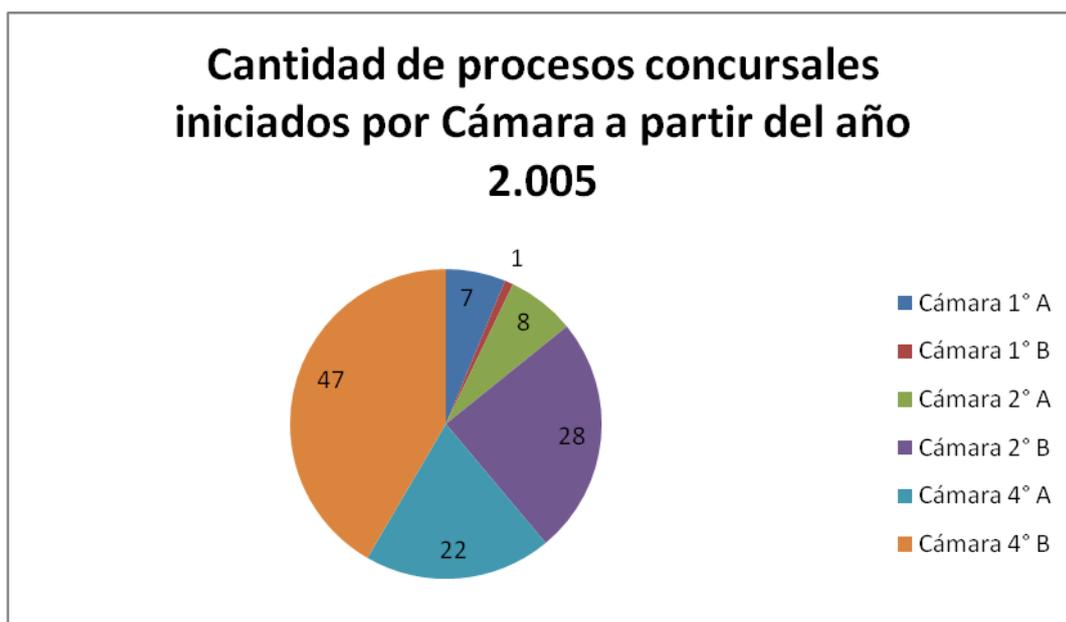


Gráfico N° 1.-

Se observa en el gráfico número 2 los tipos de procesos concursales iniciados en cada Cámara Civil, Comercial y de Minas y sus respectivas secretarías, como así también la cantidad de cada tipo de proceso que se abrieron. Se hace evidente que el denominado proceso de Pequeños Concursos es prácticamente no utilizado, afirmando así la postura de que en la práctica no es un proceso diferenciado.

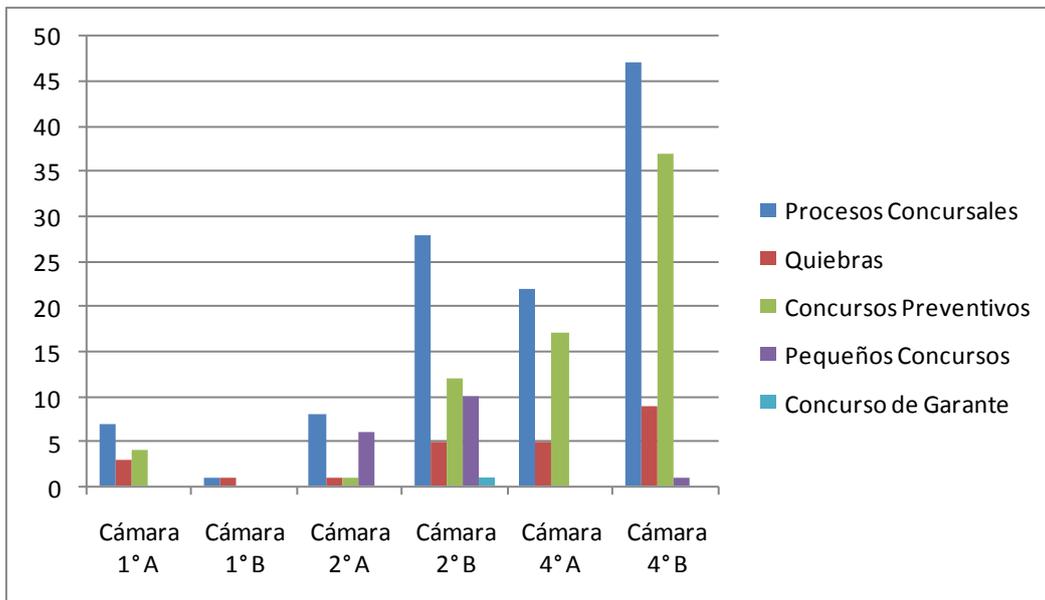


Gráfico N° 2.-

En el gráfico número 3 se observan las cantidades de tipos de procesos iniciados, sin discriminar Cámara en la cual se instruyó. Sobre un total de 113 procesos concursales.

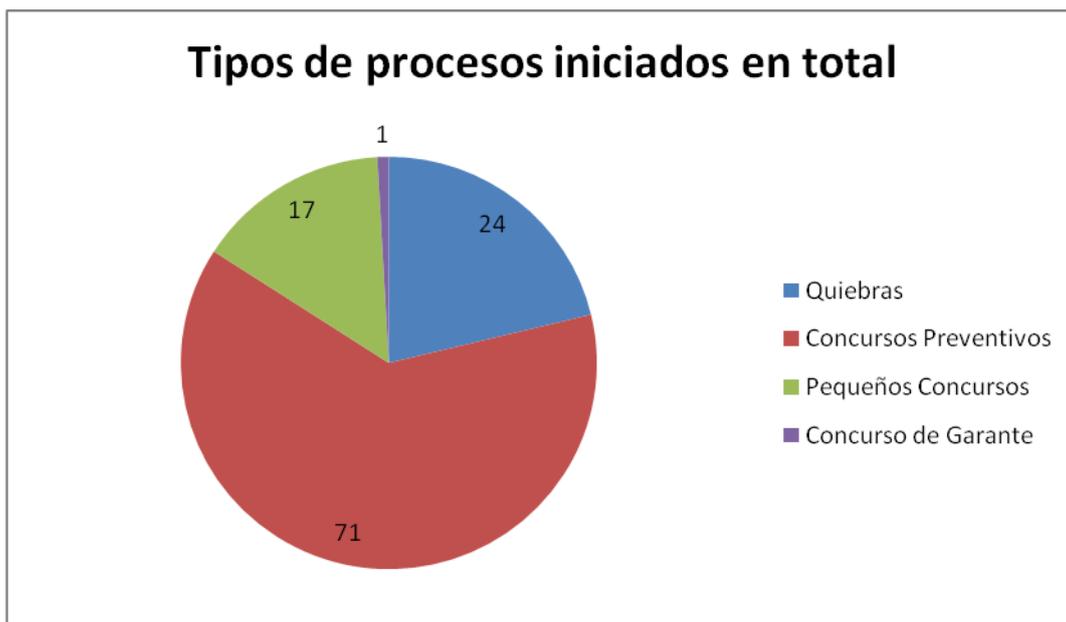


Gráfico N° 3.-

Se observa en el gráfico número 4 los sujetos activos de los procesos concursales iniciados. Evidenciando que son las personas físicas las que en mayor número han utilizado estos procesos concursales.-



Gráfico N° 4.-

VII.- UNA PEQUEÑA CONCLUSION

Para un consumidor con problemas financieros, existen en nuestro país, y en teoría, varias opciones para enfrentarse a esa situación. Algunas de ellas pueden ser: refinanciar las deudas con sus acreedores, incorporando en la relación a un tercero codeudor o fiador, obtener un segundo empleo o alguna otra fuente de ingresos, reducir los gastos, vender algún activo, garantizar las deudas con prenda o hipoteca, etc. Pero en la práctica, y en la realidad, la solicitud de propia quiebra ha sido y es la opción más efectiva para aliviar su situación de crisis, porque se traduce en la opción más efectiva para no pagar más sus deudas, "limpieza de sueldo"¹⁷.

Estas situaciones se observan en gran escala en ciudades enormes como Rosario, Mendoza, etc., donde numerosas personas (en su mayoría empleados públicos, o con escaso patrimonio) acudieron a la utilización de

¹⁷ PEREYRA, Alicia Susana, 2.006. "El concurso preventivo del consumidor" – 1° parte-; IV Congreso Argentino de Derecho Concursal, VI Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia; Rosario – UNR – Facultad de Derecho UCA, Sta. Fe.

los procesos concursales a los fines de un "fresh start". Regular estos fenómenos es tarea del legislador, quien deberá hacerlo de la mejor manera posible, buscando el equilibrio tanto en la protección del débito como del crédito.-

BIBLIOGRAFIA GENERAL

- ALEGRIA, Héctor; (2005). "Los llamados "pequeños concursos". Concurso de personas físicas, consumidores, patrimonios reducidos", LA LEY Tomo E. Bs. As.
- ALTERINI, Atilio Aníbal; (1996). "El consumidor en la sociedad postmoderna", LA LEY, Bs. As.
- BAUDRILLARD, Jean; (1974). *La sociedad de consumo*, trad. Alicia Bixto, Barcelona, ed. Plaza y janes, España.
- BIRDART CAMPOS; German, (2.006). *Manual de la Constitución reformada - Los nuevos derechos de los artículos 41 y 42*, 4º ed. Ediar, Bs. As.
- CAMPANARIO, Sebastián; (2005). *La Economía de lo Insólito*, Planeta, Bs. As.
- CHATAIN, P., y FERRIÈRE, F.; (2.011). *Surendettement des particuliers*, ed. Dalloz. París.
- CHIAVASSA, Eduardo N. y RICHARD, Efraín Hugo, "Responsabilidad por abuso crediticio". Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, <http://www.acader.unc.edu.ar>.
- CROVI, Luis Daniel; (2003). "Los consumidores y otros débiles contractuales", DJ, Bs. As.
- ESCUTI (h), Ignacio A. y JUNYET BAS, Francisco, *Instituciones de Derecho Concursal*, 2º ed., Alveroni, Córdoba.
- GRANADOS, Ernesto I. J. y GERBAUDO Germán E.; 2009. "El sobreendeudamiento del consumidor. Alternativas para su solución", ponencia presentada en Congreso de Derecho Concursal, Comisión N° 1. Mendoza.
- GUERSI, Carlos; *Contratos Civiles y Comerciales*, Tomo II. Ed. Astrea, Bs. As.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; (2008). "El sobreendeudamiento del consumidor y la respuesta del legislador francés", Academia Nacional de Derecho, junio. <http://www.acader.unc.edu.ar>.
- LORENZETTI, Ricardo Luis; 2.005. *Consumidores*, ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As.
- RICHARD, Efraín Hugo y SILVA OROPEZA, Antonio, 2007. "La eficiencia del Derecho Concursal (sobre la tempestividad y el presupuesto objetivo)" Comunicación al Primer Congreso Mexicano de Derecho Concursal, (27 a 29 de junio), México.

RICHARD, Efraín Hugo, 1979. "Bien jurídico tutelado por la legislación concursal", Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba.

RICHARD, Efraín Hugo, 2011. "Disolución por pérdida del capital social y concurso". Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Año Académico, Córdoba.

RINESSI, Antonio Juan; 2.006. *Relación de consumo*, ed. Astrea. Bs. As.

STIGLITZ, Gabriel A.; 1.997. *Reglas para la defensa de los consumidores y usuarios*, ed. Juris, Santa Fé.

STIGLITZ, Rubén S.; 1.992. *Autonomía de la voluntad y revisión del contrato*, ed. Depalma, Bs. As.

TRUJILLO DIEZ, Iván Jesús, 2003. *El sobreendeudamiento de los consumidores*, ed. Comares Colección Estudios de Derecho Privado, España.

Cita de este artículo:

SUFÁN, N. (2013) "El sobreendeudamiento de las personas físicas y su posterior concurso" *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Noviembre de 2013, Año 3, Vol. 2. pp. 193-209. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

CONTRATO DE LOCACIÓN. PRECIO. ALQUILERES ESCALONADOS. ADMISIBILIDAD. ALCANCE. FIANZA. RESPONSABILIDAD DEL FIADOR FINIQUITADA LA LOCACIÓN. ALCANCE.

Descripción del Caso:

En primera instancia se hizo lugar parcialmente a la demanda condenándose a los demandados a pagarle al actor parte de la suma requerida. Contra la sentencia apelaron las partes. El dictum de la Sentencia residió en la extemporánea alegación de las tratativas para estipular un nuevo contrato, tanto que el juez dejó en claro que ello es motivación suficiente para repeler la defensa y solo, a mayor abundamiento, consideró las circunstancias que evidenciarían el nuevo acuerdo. La Cámara rechazó el recurso de los demandados y acogió parcialmente el de la parte actora.

Sumario

1. Un acto contrario a una regla de orden público no puede constituir la base para la ulterior aplicación de la teoría de los actos propios. Pero tal infracción no sucede en autos.
2. No existe razón legal para que los contratantes no determinen alquileres escalonados, siempre que no impliquen fórmulas indexatorias ocultas, pues en tal caso se estaría vulnerando la prohibición contenida en la ley 23928.
3. El régimen legal en materia locativa se considera de orden público; es decir, como el conjunto de principios de orden superior a los que la comunidad considera muy vinculada la existencia y conservación de la organización social instituida.
4. *"Las fluctuaciones económicas a las que nos tiene acostumbrados nuestro país, obligan –a nuestro modo de ver– a admitir la validez de estos pactos para tornar actual el precio del contrato; consideramos que tan importante es asegurar la permanencia del locador en un inmueble durante un plazo determinado, como mantener la vigencia del precio acordado a valor del mercado."* (Knava, Verónica - Dongo, Juan Ignacio, "Interpretación de las leyes por su fin: la solución justa del caso", LL, 2009-B-138 y ss.).

5. Los alquileres escalonados son precios diferentes por distintos tiempos de locación y no son cláusulas de ajuste, por tal motivo no se hallan alcanzadas en la prohibición mencionada.

6. La pauta interpretativa dada por el Ministerio de Economía (res. 114/93) no ha observado que la cláusula de alquiler escalonado es de precio y no de ajuste y que igualmente, el requerimiento de determinar un precio único para todo el periodo de duración de los contratos, que surge como consecuencia de los arts. 7.º y 10 de la ley 23928, infringe una exigencia ineludible: la de reconocer a las partes que prevean lo que crean apropiado para la observancia del equilibrio del contrato (ver 'Desindexación de las deudas, Abeledo-Perrot, p. 21). Teniendo en cuenta lo dispuesto por la cláusula 7.ª del contrato que (CNCiv., Sala L, in re "Paula SA c. Marconi, Victorio y Marconi", del 17/5/99, LL, 1999-G-92 y ss.).

7. La justificación de la extensión de la responsabilidad de los fiadores se establecía la hipótesis del art. 1622 del CC, pues que no podía considerarse exonerados los fiadores a la luz del art. 1582 bis del CC.

8. El art. 659 del CC establece que *"... el acreedor no podrá pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas, a su arbitrio, a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo..."*.

Cám. 4.ª Civ. y Com. Cba., Sent. n.º 66, 4/6/2013, "Michref, Julio c/ Pedreira, Lidia Leonor - Ordinarios - Otros - Recurso de apelación - Expte. n.º 987879/36"

Primera cuestión: ¿Proceden las apelaciones de los codemandados y del actor?

Segunda cuestión: ¿Qué pronunciamiento corresponde emitir?

Conforme al sorteo oportunamente realizado, los Señores Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dr. Raúl Eduardo Fernández, Dr. Miguel Ángel Bustos Argañarás y Dra. Cristina E. González de la Vega.

A la primera cuestión planteada, el Señor Vocal Dr. Raúl E. Fernández, dijo:

I. Contra la sentencia cuya parte resolutive se transcribe más arriba, apelaron todas las partes del juicio, expresando y contestando, recíprocamente, los agravios. Dictado y firme el decreto de autos, la causa es pasada a resolución.

II. Corresponde dar prioritario tratamiento a las apelaciones de los codemandados Carlos Alberto De Santiago, Ana María De Santiago, Lidia Leonor Pedreira y Jorge Benito de Santiago, pues los dos primeros alegan omisión de valoración de prueba de carácter dirimente, de la que surgiría que prueban o crean la presunción inequívoca de que el locador sí tuvo intención de renovar el contrato y que existieron negociaciones en tal sentido. Por su parte, los dos últimos aducen que finiquitado el contrato, no corresponde atribuirles responsabilidad como fiadores.

Es de destacar que el señor Juez a quo entendió procedente la demanda, en razón de que al tiempo de contestación de la demanda, solo se aludió a que el actor no había realizado requerimiento de restitución, sino que, por el contrario, antes de finalizado el contrato, se pactaron las condiciones para una nueva locación.

El sentenciante agregó que "...no hace mención alguna al principio de ejecución de un nuevo contrato que se habría comenzado a redactar y del que solo faltó la firma del actor, situación que recién es puesta de manifiesto, en la etapa probatoria, lo que luce como extemporánea o tardía, pues lo debieron exponer al contestar la demanda, pues allí es cuando se traba la litis en el proceso, es decir que ese era el momento que tenían para exponer este hecho y explicar cómo jugaba a favor de su posición defensiva, el principio de ejecución del nuevo contrato" (fs. 695/695 vta.). A ello agregó que "No obstante considerar que la conclusión arribada es motivo suficiente para el rechazo de este planteo defensivo, paso a analizar dicha circunstancia".

Como se advierte de lo textualizado, el dictum del fallo radicó en extemporánea alegación de tratativas para formalizar un nuevo contrato, tanto que el Juez deja en claro que ello es motivo suficiente para repeler la defensa y solo, a mayor abundamiento, analizó las circunstancias que justificarían la nueva convención.

De tal modo, si los apelantes asientan su disenso en este segundo tramo de la fundamentación sentencial, sin hacerse cargo del argumento central del fallo, debe concluirse que la apelación no puede recibirse.

Esto así, porque han dejado en pie una razón decisiva expuesta en contra de su postura defensiva, sobre lo que esta Cámara no puede avanzar, obrando oficiosamente, porque lo impide el sistema dispositivo y podría conculcar el ejercicio del derecho de defensa de la contraria, quien, por otra parte, hizo presente el déficit formal antes aludido (fs. 744).

De tal modo, los agravios segundo y tercero, mediante los cuales se sostiene la inexistencia de daños y perjuicios, por haber continuado el contrato original bajo los mismos términos que el anterior, deben seguir igual suerte

III. Con relación a la censura relativa al valor del alquiler afirman los apelantes que no puede tenerse en cuenta el alquiler abonado y, con ello, aplicar la doctrina de los actos propios, pues se trata de un acto contrario a una ley de orden público. Tal la fijación escalonada del precio locativo, que encubre –aducen– una cláusula de actualización prohibida por la ley.

Es real que un acto contrario a una norma de orden público no puede constituir la base para la ulterior aplicación de la teoría de los actos propios. Pero lo que sucede es que, en autos, tal infracción no existe. En efecto, en la cláusula tercera del contrato que obra a fs. 6/8 vta. se previó que "El precio locativo mensual se pacta, de común acuerdo, en la suma de pesos cuatro mil ochocientos (\$ 4800) por el término de los seis (6) primeros meses se bonificará el cuarenta con sesenta y dos por ciento (40,62%), el segundo semestre el treinta y dos por ciento (32%), el tercer semestre

veinte y cuatro por ciento (24%), cuarto semestre catorce por ciento (14%), quinto semestre siete por ciento (7%) y en el sexto semestre neto, a partir de la fecha de celebración del presente contrato...”.

Se trata de los denominados “alquileres escalonados” que, en sí mismos, no alteran la prohibición de actualizar.

En tal sentido, se ha destacado que “En fallos jurisprudenciales emanados de diversas salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil se ha aludido a la cuestión que nos ocupa, declarando verbigracia la Sala D que no existe óbice legal para que las partes establezcan alquileres escalonados, en la medida que tal proceder no oculte fórmulas indexatorias (sentencia inédita del 29/11/93, in re ‘Barberan c. Primiani s/ Ejecución de alq.’), pues en tal caso se alzaría la valla de la prohibición contenida en la ley 23928. También ha tenido oportunidad de expresar aquel tribunal (Sala E, sentencia inédita del 10/9/96, en autos ‘Díaz Suárez c. Daneri s/ Ejecución de alq.’) que cuando se trata de contratos de locación comercial debe estarse al precio de la locación libremente pactada incluidos los aumentos periódicos de los alquileres, siendo carga del inquilino demostrar que tales aumentos superan con creces el valor locativo en plaza del bien locado, en virtud de que se estaría violando el plazo mínimo locativo que es de orden público; y asimismo (misma sala, fallo inédito del 11/10/95) que no existe inconveniente legal alguno para que las partes pacten alquileres escalonados, variables durante el curso del contrato, no obstante lo dispuesto por la resolución 144/93 del Ministerio de Economía. Es que agrega el decisorio una norma interpretativa o aclaratoria de la ley de convertibilidad debió tener la misma jerarquía legal que aquella que es interpretada, cosa que no ocurre cuando la ley nacional recibe interpretación mediante una resolución ministerial” (Abatti, Enrique L. - Charlin, José Antonio, “Alquileres progresivos o escalonados”, LL, 1998-A-957 y ss.).

En la misma senda se agrega que “cabe acotar que el régimen legal en materia locativa –para inmuebles destinados a vivienda o uso comercial– está comprendido en el concepto de orden público; esto es, en el conjunto de principios de jerarquía superior a los que la sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de la organización social establecida. Sobre tales conceptos trabajaremos seguidamente, pero adelanto que compartimos el criterio seguido por la ex Cámara Nacional de Paz en pleno (1/6/1971, ‘Revello, Pacífico c. Fernández, Lorenzo y otro’, publicado en ED, 37-473, y LL, 143-299) en el sentido que si se han previsto variaciones en el arriendo que han de operarse durante el plazo asegurado, el orden público del dispositivo legal no las impide, pues este está dirigido a resguardar el plazo y no el precio”.

“Y decimos ello sin perjuicio de lo dispuesto por la ley 23928, pues bien pueden las partes acordar variaciones de antemano sin sujeción a índices o negociaciones posteriores. De este modo se mantiene más o menos vigente el precio de la locación sin transgredir la citada normativa. No vemos en ello impedimento alguno”.

“Por otro lado, las fluctuaciones económicas a las que nos tiene acostumbrados nuestro país, obligan –a nuestro modo de ver– a admitir la validez de estos pactos para tornar actual el precio del contrato; consideramos que tan importante es asegurar la permanencia del locador en un inmueble durante un plazo determinado, como mantener la vigencia del precio acordado a valor del mercado. Creemos que ambos factores son igualmente importantes para la sociedad, pues si la rueda económica no se mueve, el circuito financiero también se paraliza y con ello se colabora también a que el país entre en recesión” (Knavs, Verónica - Dongo, Juan Ignacio, “Interpretación de las leyes por su fin: la solución justa del caso”, LL, 2009-B-138 y ss.). En suma, cabe repetir que “Los alquileres escalonados no son cláusulas de ajuste, sino precios diferentes por distintos tiempos de locación y, por lo tanto, no se encuentran comprendidas en dicha prohibición”.

“Respecto a la pauta interpretativa dada por el Ministerio de Economía (res. 114/93) que cita el apelante a fs. 332 v. no ha tenido en cuenta que ‘la cláusula de alquiler escalonado es de precio y no de ajuste y que de todos modos, la exigencia de fijar un precio único para todo el decurso de los contratos de duración, que resulta de los arts. 7.º y 10 de la ley 23928, trasgrede a decir de Alterini una exigencia insoslayable: la de permitir a las partes que, en cabal uso de su albedrío, prevean lo que consideren adecuado para el mantenimiento del equilibrio del contrato’ (ver ‘Desindexación de las deudas’, Abeledo-Perrot, p. 21). Máxime teniendo en cuenta el contenido de la cláusula 7.ª del contrato que, por su elocuencia, me exime de mayores comentarios” (CNCiv., Sala L, in re “Paula SA c. Marconi, Victorio y Marconi”, del 17/5/99, LL, 1999-G-92 y ss.).

Como consecuencia de lo expuesto, es dable rechazar el agravio analizado.

IV. La locataria se queja además que el señor Juez a quo haya mandado pagar daños y perjuicios derivados de la falta de restitución en término, a razón de \$ 45 por día.

El fundamento de su censura radica en los mismos argumentos tratados con anterioridad, de modo que corresponde rechazar también este tracto impugnativo.

V. Cabe acotar, en general y para la justificación de la extensión de la responsabilidad de los fiadores, que esta Cámara ya dejó sentado que, respecto de la situación de hecho de autos (y aunque referida a la responsabilidad por costas de los fiadores en el desalojo), se configuraba la hipótesis del art. 1622 del CC, siendo que no podía entenderse desobligados los fiadores, al amparo del art. 1582 bis del CC (fs. 648/648 vta., Sent. n.º 110 del 25/8/2009).

Aunque expuesto en el marco del desalojo, tales manifestaciones hacen cosa juzgada para el presente proceso, por tratarse de diversas consecuencias de una misma relación jurídica.

VI. El tratamiento del agravio relativo a la imposición de costas se difiere para más adelante, atento la existencia de recurso de la contraria, y la posibilidad de variación del resultado final del litigio.

VII. La parte actora se queja, imputando incongruencia al señor Juez a quo, pues dice que "el reclamo consistió en el valor actual del alquiler por los meses que duró la tenencia ilegítima de la locataria –una vez vencido el contrato– y por otro lado la cláusula penal, consistente en un importe adicional al alquiler, en carácter de plus sancionatorio por no cumplir con la devolución del inmueble en el tiempo pactado" (fs. 830).

No hay tal violación al principio de congruencia, entendido por alteración de alguno de los elementos de la pretensión (sujetos, objeto y causa), sino rechazo de un rubro de la pretensión, por no adecuarse al sistema legal.

En efecto, en la demanda se reclamó el pago de los daños y perjuicios equivalente al valor locativo actual del inmueble, con más intereses moratorios y el cumplimiento de la cláusula segunda del contrato que unía a las partes, pacto que este que contenía la cláusula penal.

Que el señor Juez a quo haya entendido que los daños estimados en el valor actual del arriendo sea improcedente, atento a la existencia de la cláusula penal, no violenta el principio de congruencia, pues supone, por el contrario, el rechazo de uno de los capítulos litigiosos.

De lo que se trata, es de establecer si la solución acordada en el punto es arreglada a derecho.

Viene a cuento transcribir la parte pertinente del contrato, al establecerse que "...En caso de incumplimiento por parte de la locataria a su obligación de restituir el inmueble a la finalización del plazo locativo, y sin que ello implique reconducción locativa, nuevo contrato o prorroga alguna, subsistir la obligación de la misma, mientras dure la ocupación de abonar el alquiler mensual con más una multa diaria de Pesos: noventa y cinco (\$ 95) hasta el día de la efectiva entrega del inmueble a satisfacción del locador..." (fs. 6, cláusula segunda, in fine, sic).

Tanto el señor Juez a quo como el apelante han coincidido acordar a la cláusula penal aludida, el carácter de moratoria, esto es aquella que supone la posibilidad de cumplimiento tardío de la obligación, y funciona como multa por el retraso.

En otras palabras, los daños y perjuicios moratorios se han prefijado por las partes, y nada impide que se persiga su cobro, junto con el cumplimiento de la obligación.

Esto es lo que prevé el art. 659 del CC al disponer que "Pero el acreedor no podrá pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas, a su arbitrio, a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo...".

Lo que sucede es que el actor, además del monto de los arriendos, conforme fuera pactado y el cobro de la cláusula penal (finalmente reducida en primer grado), persigue la condena a daños y perjuicios estimados en la diferencia entre el monto convenido de alquileres y su valor actual.

Y esto último es lo que ha rechazado correctamente el Juez, pues los daños y perjuicios ya habían sido estipulados contractualmente, de donde la pretensa acumulación con la diferencia de precios de los alquileres, se torna improcedente.

VIII. La parte actora se queja, además de la morigeración de la cláusula penal. No acompaña a la parte apelante. El señor Juez ha expuesto razones claras y convincentes para efectuar la morigeración en cuestión.

En efecto, teniendo en cuenta la pericia rendida en autos, que establece el monto actual de los alquileres, advirtió que la aplicación del monto convenido, sumado al alquiler primigenio, arrojaba una cifra notoriamente superior a aquella suma, de modo que la cláusula penal contiene una exagerada previsión anticipada de los daños y perjuicios, razón por la cual la morigeró.

Adviértase que el último alquiler abonado es de \$ 4800, y de condenarse al pago de la cláusula penal, tal como fue pactada, esta última ascendería a la suma de \$ 2700, lo que arroja un total de \$ 7700, en tanto que el valor actual de los arriendos fue estimado en \$ 5500, lo que demuestra que el monto pactado fue correctamente morigerado, pues de lo contrario, se justificaría un enriquecimiento sin causa del acreedor, quien cobraría mucho más conforme lo pactado, que de haber progresado el solo pago de la diferencia entre el alquiler primigenio y el que se adecua a los valores de plaza.

IX. La accionante se agravia además, por la tasa de interés mandada a pagar solicitando se aplique la fijada por el tribunal casatorio local in re "Hernández...".

En este aspecto tiene razón la impugnante, pues ésa es la tasa que tiene establecida el Tribunal Superior, señalando que "Existen datos objetivos que demuestran un creciente índice inflacionario con la consecuente pérdida del valor adquisitivo de la moneda. Los constantes reclamos por incrementos salariales, el paulatino crecimiento de las tarifas por servicios que no son prestados por el Estado, un dólar cuyo valor está determinado por la intervención del Ejecutivo Nacional; a esto cabe agregar la inestabilidad mundial de los mercados, que también incide en las tasas locales de interés".

"Las pautas mencionadas, sumadas a la ausencia de una ley que determine el guarismo aplicable a esta clase de obligaciones, me orientan a buscar una solución equitativa con el fin de mantener la estricta igualdad de la prestación debida conforme las circunstancias del caso, objetivo que no se logra si la tasa resulta neutra o negativa, es decir, si es igual o inferior a la inflación subyacente durante el mismo período".

"Es preciso recordar que los intereses puestos en tela de juicio tienen una clara orientación a resarcir o indemnizar el perjuicio provocado por la mora del deudor, y esto no se logra cuando la tasa fijada jurisprudencialmente apenas si alcanza a cubrir la depreciación que ha sufrido la moneda en los tiempos de crisis económica por la que transitó nuestro país".

"Es así que sin apartarnos de los límites impuestos por la ley de convertibilidad, la tasa de interés agravada que se propone como aditamento de la pasiva, se presenta como un adecuado instrumento para evitar que se afecte el derecho de propiedad del actor, y cumple acabadamente con las demás pautas señaladas".

“Ciertamente la solución que se propicia no puede ser entendida como una verdad absoluta e inmutable. Por el contrario, tengo el convencimiento de que el juicio que se vierte tiene un elevado componente histórico al que convergen las circunstancias económicas, sociológicas y jurídicas que impregnan nuestro pasado reciente y la actual coyuntura. Es por eso que esta decisión es provisional, y responde al objetivo antes anunciado de resarcir al acreedor los daños provenientes de la mora, meta que por estos días solo se alcanza manteniendo como adicional la tasa agravada del 2% mensual hasta la fecha del efectivo pago”.

En función de tales argumentos se propuso que a partir de la vigencia de la ley 25561 permanezca la tasa pasiva promedio mensual que publica el BCRA como variable que regula las fluctuaciones del costo monetario con más un parámetro constante del dos por ciento (2%) nominal mensual (TSJ Sala CC, in re “Municipalidad de Córdoba c. Caprari de Núñez, Norma María del Valle y otros - Ejecutivo fiscal”, A. n.º 45 del 9/3/2011).

X. La accionante se queja, además por la imposición de costas y al igual que lo señalado al tratar un agravio similar de la contraria, cabe advertir que la modificación de la condena torna abstracto el planteo sobre el punto, pues atento el carácter accesorio del rubro, debe adecuarse al resultado final del litigio.

Así voto.

A la primera cuestión planteada, el Señor Vocal Dr. Miguel Ángel Bustos Argañarás, dijo:

Adhiero a los fundamentos y conclusiones que propicia el Señor Vocal preopinante, en consecuencia, voto en idéntico sentido.

A la primera cuestión, la Sra. Vocal Dra. Cristina Estela González de la Vega, dijo:

Adhiero a los fundamentos y conclusiones que propicia el Sr. Vocal del primer voto, votando en idéntico sentido.

A la segunda cuestión planteada, el Señor Vocal Dr. Raúl E. Fernández, dijo: Atento lo expuesto precedentemente, corresponde:

1) Rechazar los recursos de apelación de los demandados, con costas en un 100% a su cargo.

Regular los honorarios del Dr. Miguel Alberto Alé, por las tareas desarrolladas en los recursos de apelación de los demandados, en el 35% de la escala media del art. 36 de la ley 9459, sobre el monto total de condena (\$ 67.560), que ha sido el motivo de agravio, actualizado conforme las pautas fijadas en la sentencia de instancia anterior (\$ 171.372,29). Realizados los cálculos se obtiene de honorarios la suma pesos trece mil cuatrocientos noventa y cinco con sesenta centavos (\$ 13.495,60), con más la alícuota correspondiente al IVA (21%), atento el carácter de responsable inscripto acreditado.

No regular honorarios profesionales al Dr. Marcelo A. Bossi, atento lo dispuesto por el art. 26 de la ley 9459, a contrario sensu.

2) Acoger parcialmente el recurso de apelación de la parte actora, modificando la tasa de interés la que se eleva en el plus al 2% nominal mensual.

Imponer las costas de esta instancia, por dicha impugnación, en un 52% al actor recurrente y en el 48% restante a los demandados.

Regular los honorarios por las tareas efectuadas en esta apelación, a los letrados de ambas partes –Dres. Miguel Alberto Alé y Marcelo A. Bossi–, en el 35% de la escala media del art. 36 de ley 9459, sobre lo que ha sido motivo de agravio en esta apelación (\$ 122.600,21), base que asciende actualizada según el nuevo plus a \$ 259.706,31 y, por tanto, los honorarios a pesos veinte mil cuatrocientos cincuenta y uno con ochenta y cinco centavos (\$ 20.451,85) para cada uno de ellos, con más el porcentaje en concepto de IVA a favor del primer letrado.

3) Dejar sin efecto la imposición de costas y regulación de honorarios efectuadas en primer grado, salvo en lo que refiere a los honorarios de los peritos intervinientes.

En consecuencia, establecer las costas de primer instancia en 52% a cargo de los demandados y en un 48% a cargo de la parte actora.

Estimar los honorarios por las tareas realizadas en la instancia anterior, para el abogado de la actora –Dr. Miguel Alberto Alé– en el punto medio de la escala del art. 34 de la ley 8226 (22,5%) sobre el monto de la sentencia (\$ 67.560) debidamente actualizado según las pautas determinadas en esta instancia (\$ 227.634,03), de lo que se obtiene la suma de pesos cincuenta y un mil doscientos diecisiete con sesenta y cinco centavos (\$ 51.217,65), más la alícuota correspondiente al IVA.

Fijar los honorarios de los letrados de los demandados, por las tareas de primera instancia, de conformidad a las pautas ya establecidas en primera instancia pero teniendo en consideración el acogimiento de la apelación en cuanto a la tasa de interés aplicable para la actualización de la base regulatoria. Realizados los cálculos correspondientes se obtiene la suma de pesos diecisiete mil setecientos cuarenta y ocho con quince centavos (\$ 17.748,15) a favor del Dr. Marcelo A. Bossi, por la defensa de la demandada Ana María De Santiago, e igual monto a favor de los Dres. Marcelo A. Bossi, Gonzalo H. Perello y Anabel Colombero, en conjunto y proporción de ley, por la defensa de los fiadores codemandados.

A la segunda cuestión planteada, el Señor Vocal Dr. Miguel Ángel Bustos Argañarás, dijo:

Adhiero a los fundamentos y conclusiones que propicia el Vocal preopinante, en consecuencia, voto en idéntico sentido.

A la segunda cuestión, la Sra. Vocal Dra. Cristina Estela González de la Vega, dijo:

Adhiero al resultado propuesto por el Señor Vocal del primer voto y, en consecuencia, a la segunda cuestión voto en idéntico sentido.

Así voto.

Por lo expuesto,

SE RESUELVE:

- 1) Rechazar los recursos de apelación de los demandados, con costas en un 100% a su cargo.
- 2) Regular los honorarios del Dr. Miguel Alberto Alé, por las tareas desarrolladas en los recursos de apelación de los demandados, en la suma de pesos trece mil cuatrocientos noventa y cinco con sesenta centavos (\$ 13.495,60), con más la suma de pesos dos mil ochocientos treinta y cuatro centavos (\$ 2834) en concepto de IVA.
- 3) Acoger parcialmente el recurso de apelación de la parte actora, modificando la tasa de interés la que se eleva en el plus al 2% nominal mensual.
- 4) Imponer las costas de esta instancia, por dicha impugnación, en un 52% al actor recurrente y en el 48% restante a los demandados.
- 5) Regular los honorarios, por las tareas efectuadas en el recurso de apelación del actor, de los Dres. Miguel Alberto Alé y Marcelo A. Bossi, para cada uno de ellos, en la suma de pesos veinte mil cuatrocientos cincuenta y uno con ochenta y cinco centavos (\$ 20.451,85), con más la de pesos cuatro mil doscientos noventa y cuatro con noventa centavos (\$ 4294,90) a favor del primer letrado en concepto de IVA.
- 6) Dejar sin efecto la imposición de costas y regulación de honorarios efectuadas en primer grado, salvo en lo que refiere a los honorarios de los peritos intervinientes.
- 7) Establecer las costas de primer instancia en 52% a cargo de los demandados y en un 48% a cargo de la parte actora.
- 8) Estimar los honorarios por las tareas de primera instancia para el Dr. Miguel Alberto Alé en la suma de pesos cincuenta y un mil doscientos diecisiete con sesenta y cinco centavos (\$ 51.217,65), más la suma de pesos diez mil setecientos cincuenta y cinco con setenta centavos (\$ 10.755,70) en concepto de IVA.
- 9) Fijar en la suma de pesos diecisiete mil setecientos cuarenta y ocho con quince centavos (\$ 17.748,15), los honorarios del Dr. ..., por la defensa de la demandada Ana María De Santiago, e igual monto los honorarios de los Dres. ..., en conjunto y proporción de ley, por la defensa de los fiadores codemandados.

Protocolícese, hágase saber y bajen.

Fdo.: FERNÁNDEZ - BUSTOS ARGAÑARÁS - GONZÁLEZ DE LA VEGA.

CONTRATO DE DAÑOS Y PERJUICIOS. RESPONSABILIDAD DE LOS ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS. LESIÓN SUFRIDA POR UN MENOR. PROCEDENCIA. CASO FORTUITO. PRUEBA.

Descripción del Caso: La sentencia de primera instancia declaró la responsabilidad del establecimiento educativo que pertenece al Estado Provincial por la lesión sufrida por un alumno, y condena a dicho establecimiento a abonar parcialmente los daños ocasionados. La parte demandada se agravia porque que el *a quo* ha desestimado el "caso fortuito" invocado por ella y, asimismo, por el erróneo encuadre del caso como de responsabilidad objetiva, pues la doctrina y jurisprudencia consideran que se trata de una responsabilidad de corte subjetivo. La Cámara rechazó el recurso.

Sumario:

1. La ley 24830 (modificatoria del art. 1117 del CC) contempla un caso de responsabilidad objetiva. Esta ley no considera a la educación como una actividad riesgosa, sino que atribuye a quien presta el servicio el deber de proporcionarlo sin provocar daños.
2. La prueba de que el establecimiento educativo tomó las diligencias debidas no es suficiente para liberarlo de responsabilidad de conformidad con el art. 1117 del CC.
3. Teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y principalmente a la edad de los alumnos (5 años), *la inferencia "razonable"* es que el suceso no era imprevisible. Pues, se podría decir que lo imprevisto se debe a que no se tomaron todos los recaudos necesarios para que los alumnos no jugaran con las "piedras". El concepto de "previsibilidad" al que reseñan los testigos, no se corresponde con la interpretación del art. 514 C.C. donde el caso fortuito es lo objetivo del hecho extraordinario. Sintetizando, no fue un evento extraordinario porque esos elementos podían provocar daño.

Cám. 7.^a Civ. y Com. Cba., Sent. n.º 50, 6/6/2013, "Peralta Claudia Carina y ot. c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba - Ordinario - Daños y perjuicios"

1) ¿Procede el recurso de apelación?

2) ¿Qué corresponde decidir?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA: EL SR. VOCAL DR. JORGE MIGUEL FLORES DIJO:

1. La sentencia de primera instancia declara la responsabilidad del establecimiento educativo perteneciente al Estado Provincial por la lesión sufrida por Ignacio Leonel César, alumno regular de la Sala de 5 años, en oportunidad de que un compañero dejara caer una piedra de gran tamaño sobre su mano derecha cuando se encontraba en una excursión escolar; hecho que provocó los daños que reclama y que se condenan a pagar parcialmente. La parte demandada se agravia en virtud de que el aquo ha rechazado el "caso fortuito" alegado por ella y, además, por el incorrecto encuadre del caso como de responsabilidad objetiva cuando la doctrina y jurisprudencia entienden que se trata de una responsabilidad de corte subjetivo. En relación a lo primero aduce que la evaluación de la prueba no ha sido la apropiada, ya que a su criterio de la misma se desprende la existencia de la eximente de responsabilidad invocada. Funda su posición analizando parte de las declaraciones de los testigos, intentando demostrar que los docentes obraron con diligencia; en esa dirección dice que era imposible impedir y evitar el hecho pese a las potestades de vigilancia (no culpa), habiendo acreditado que se tomaron todos los cuidados necesarios para la evitación del daño (no culpa), razón por la cual sostiene se demostró acabadamente el cumplimiento de dichos requisitos. En este punto, específicamente, manifiesta que la diligencia del personal viene en razón de que se tomó nota primero de la situación, existiendo una persona que concurrió a la zona de ocurrencia del hecho y advirtió el riesgo, segundo: se incrementó la diligencia aún más colocando a todos los alumnos riesgosos bajo el cuidado exclusivo de una maestra que tocaba la guitarra para ellos, y tercero: se corroboró que la orden impuesta de retirarse del lugar cercano a las piedras había sido cumplida. Culmina destacando que no existió una manipulación intencional del objeto contundente para provocar el daño, solo la impericia de los menores en el juego y en la manipulación del objeto fueron la causa de su ocurrencia.

2. a) Ante el incorrecto encuadre que el apelante le atribuye al fallo con relación al carácter de la responsabilidad impuesta por la norma contenida en el art. 1117 CC, he de señalar que la ley 24.830 (modificatoria del mencionado precepto) ha regulado un caso de responsabilidad objetiva; se trata de una garantía creada por la ley fundada en el riesgo de empresa. No es que la ley considera a la educación como una actividad riesgosa ni peligrosa, sino que la ley impone a quien presta el servicio de modo organizado (sea un ente público o privado), el deber de prestarlo sin producir daños. Así, el establecimiento educacional es garantía de todo lo que le sucede al alumno y de todo lo que hace el alumno allí, mientras esté

bajo la autoridad educativa, salvo la prueba del caso fortuito. Encuadran en la previsión legal los daños sufridos por los alumnos durante las excursiones o viajes organizados bajo el control de la autoridad educativa, tal como ocurre en la especie (v. ED, 17113 y la nota a fallo); aun cuando la madre haya acompañado la excursión (puesto que el menor estaba jurídicamente bajo la guarda y actividad del establecimiento educativo). De tal modo, contrariamente a lo señalado por el apelante, estamos en presencia de una responsabilidad objetiva donde el art. 1117 en su nueva redacción sólo menciona el caso fortuito como causa eximente. Y en ese sentido no cabe a este órgano jurisdiccional ingresar en el debate sobre la bondad de un sistema excesivamente hermético en relación a la eximente, donde el establecimiento educativo parece responder por todo, aun por aquellos acontecimientos que entran en el regular desarrollo de la vida escolar. Esa discusión es ajena a la función decisoria de los jueces quienes deben someterse a la ley. Esto así, sólo queda remitirse al caso fortuito como única causal de eximición de la responsabilidad del establecimiento escolar, figura que el C.C. (en el art. 514) lo define como el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse. b) Justamente, el discurso recursivo en lo demás, parte del hecho de que a juicio de la apelante "la prueba incorporada al pleito muestra acabadamente el cumplimiento de los requisitos" de la eximente legal; y sobre la base de una parcial reproducción de las declaraciones testimoniales rendidas en la causa, intenta destacar que quienes estaban al cuidado de los alumnos asumieron todas las diligencias debidas y no pudieron impedir el hecho dañoso, lo que, en definitiva –según entiende engarza en un hecho imprevisto e inevitable. Sin embargo he de advertir, según el razonamiento vertido en el párrafo anterior: a) Que la prueba de la asunción de las diligencias debidas es insuficiente para liberar de responsabilidad al establecimiento educativo conforme la nueva preceptiva legal (antes aludida). b) Que una interpretación literal de dicho texto legal no se conforma con la prueba de que no se pudo impedir el daño con la autoridad y el cuidado que era de su deber poner por las responsables, sino que hace falta la acreditación del caso fortuito. Ni siquiera puede predicarse la culpa de la víctima menor de diez años, pues conforme el art. 1117 ello no es posible, además de que en el régimen argentino es inimputable (art. 921 CC). Y c) Que el examen que realiza la recurrente sobre el caso fortuito en base a los testimonios, resulta parcial e incompleto. Soslaya la fuerza integral que se desprende de esa prueba, compatibilizada con el informe docente de fs. 157; pues, atendiendo a las circunstancias del caso, y especialmente a la edad de los menores, la inferencia "razonable" es que el acontecimiento no era imprevisible. En todo caso lo imprevisto se debe a que no se tomaron todas las medidas de rigor para que los niños se abstuvieran de jugar con las "piedras". Es dable señalar que el concepto de "previsibilidad" al que refieren los testigos Ochoa, Gutiérrez, Álvarez, no se acomoda al sentido jurídico del art. 514 C.C. donde el caso fortuito es lo objetivo del hecho extraordinario. Resumiendo, en otras palabras no fue un

acontecimiento extraordinario, ya que había razón para suponer que esos elementos podían provocar daño; tanto es así –como dice el propio informe de las educadoras a fs. 157 que las madres acompañantes y la docente Mónica Miranda advirtieron a los menores sobre la peligrosidad de jugar con “piedras”. Por esa misma razón no se puede alegar que el acontecimiento era irresistible para las autoridades docentes presentes en el lugar, en el sentido de que era inevitable e imposible de prever. En esta dirección y sobre la base de estas motivaciones, me pronuncio en sentido negativo al interrogante que inquiero sobre la procedencia del recurso de apelación.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA

EL SR. VOCAL DR. RUBÉN ATILIO REMIGIO DIJO:

Adhiero a los fundamentos y conclusiones planteadas por el Sr. Vocal Preopinante, votando en consecuencia en idéntico sentido.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA

LA SRA. VOCAL DRA. MARÍA ROSA MOLINA DE CAMINAL DIJO:

Adhiero a los fundamentos y conclusiones planteadas por el Sr. Vocal Dr. Jorge Miguel Flores, votando en consecuencia en idéntico sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA

EL SR. VOCAL DR. JORGE MIGUEL FLORES DIJO:

Voto para que se rechace el recurso de apelación y se confirme la sentencia en aquello que ha sido materia de agravios; con costas a la apelante. Fijar los honorarios del Dr. Sebastián E. Almada en el 36% del punto medio de la escala del art. 36 de la ley arancelaria vigente.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA

EL SR. VOCAL DR. RUBÉN ATILIO REMIGIO DIJO:

Adhiero al primer voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA

LA SRA. VOCAL DRA. MARÍA ROSA MOLINA DE CAMINAL DIJO: Adhiero a los fundamentos y conclusiones planteadas por el Sr. Vocal Dr. Jorge Miguel Flores, votando en consecuencia en idéntico sentido.

Por el resultado de la votación que antecede y por mayoría,.

SE RESUELVE:

Rechazar el recurso de apelación y confirmar la sentencia en aquello que ha sido materia de agravios; con costas a la apelante. Fijar los honorarios del Dr.... en el 36% del punto medio de la escala del art. 36 de la ley arancelaria vigente.

Protocolícese y bajen.

Con lo que terminó el acto que previa lectura y ratificación firman los Sres. Vocales.

Fdo.: FLORES - REMIGIO - MOLINA DE CAMINAL

NOVEDADES LEGISLATIVAS

LEYES NACIONALES

- Presupuesto General de la Administración Nacional para el ejercicio 2014
Ley Nacional 26.895. 9/10/2013. Vigente, de alcance general.
- Prórroga la vigencia de la Ley 26.204 sobre Emergencia Pública
Ley Nacional 26.896. 9/10/2013. Vigente, de alcance general.
- Prórroga de impuestos.
Ley Nacional 26.897. 9/10/2013. Vigente, de alcance general.
- Prorroga de la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país cuya personería jurídica haya sido inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente o aquellas preexistentes
Ley Nacional 26.894. 25/9/2013. Vigente, de alcance general.
Se dispone la prórroga hasta el 23 de noviembre de 2017 de la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del...
- Modificación del Impuesto a las Ganancias
Ley Nacional 26.893. 12/9/2013. Vigente, de alcance general.
- Acuerdo para la Constitución de la Academia Internacional contra la Corrupción como Organización Internacional
Tratado Nacional 26.890. 11/9/2013. Vigente, de alcance general.
- Declaración como Capital Nacional de la Pachamama a la provincia de Jujuy, en carácter de sede permanente del culto andino.
Ley Nacional 26.891. 11/9/2013. Vigente, de alcance general.
- Aprobación del Convenio entre la República Argentina y la Corporación Andina de Fomento sobre Suscripción de Acciones de Capital Ordinario
Tratado Nacional 26.887. 11/9/2013. Vigente, de alcance general.
- Ley para la promoción de la convivencia y el abordaje de la conflictividad social en las instituciones educativas
Ley Nacional 26.892. 11/9/2013. Vigente, de alcance general.
- Aprobación del Convenio de Reconocimiento de Títulos y Certificados de Estudios de Educación Primaria, Educación General Básica y

Secundaria o sus Denominaciones Equivalentes con la República de El Salvador

Tratado Nacional 26.889. 11/9/2013. Vigente, de alcance general.

- Proceso de reestructuración de títulos públicos
Ley Nacional 26.886. 11/9/2013. Vigente, de alcance general.
- Programa Nacional para la Prevención de la Enfermedad HLB de los Citrus
Ley Nacional 26.888. 11/9/2013. Vigente, de alcance general.
- Suplemento por título para el personal con estado policial de la Policía Federal Argentina
Ley Nacional 26.884. 4/9/2013. Vigente, de alcance general.
- Creación del Juzgado Federal de Primera Instancia Nº 3, de la Ciudad de San Miguel de Tucumán, Provincia de Tucumán.
Ley Nacional 26.885. 4/9/2013. Vigente, de alcance general.
- Creación del Foro Federal de Legisladores Comunes de la República Argentina
Ley Nacional 26.874. 3/7/2013. Vigente, de alcance general.
- Creación y funcionamiento de los Centros de Estudiantes.
Ley Nacional 26.877. 3/7/2013. Vigente, de alcance general.
- Ley de creación del Registro Nacional de Datos Genéticos vinculados a Delitos contra la Integridad Sexual
Ley Nacional 26.879. 3/7/2013. Vigente, de alcance general.
El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación tendrá a su cargo el Registro Nacional de Datos Genéticos vinculados a Delitos contra la Integridad Sexual que tendrá por fin exclusivo...
- Cobertura de la cirugía reconstructiva como consecuencia de una mastectomía por patología mamaria y la provisión de prótesis necesarias.
Ley Nacional 26.872. 3/7/2013. Vigente, de alcance general.
- Constitución del Área Marina Protegida Namuncurá - Banco Burdwood para la protección ambiental
Ley Nacional 26.875. 3/7/2013. Vigente, de alcance general.
Creación del Área Marina Protegida Namuncurá - Banco Burdwood para la conservación de la zona, la protección y gestión sostenible de la biodiversidad de los fondos marinos, promoviendo el manejo...
- Declaración en todo el territorio de la Nación el día 27 de junio de cada año como el "Día del Trabajador del Estado".
Ley Nacional 26.876. 3/7/2013. Vigente, de alcance general.
- Día Nacional del Joven Empresario
Ley Nacional 26.878. 3/7/2013. Vigente, de alcance general.
Institución del día 19 de septiembre de cada año como Día Nacional del Joven Empresario.
- Declaración como bebida nacional al vino argentino
Ley Nacional 26.870. 3/7/2013. Vigente, de alcance general.

- Plan Estratégico Vitivinícola. Promoción de las economías regionales. Declaración del vino argentino como bebida nacional. Uso obligatorio del isologo de "Vino Argentino Bebida Nacional" en todos...
- Acuerdo de Reconocimiento Mutuo de Títulos Profesionales y Licenciaturas y Títulos de Grado Universitario con la República de Chile
Tratado Nacional 26.883. 3/7/2013. Vigente, de alcance general.
 - Acuerdo de Sede entre el Gobierno de la República Argentina y La Corte Permanente de Arbitraje
Tratado Nacional 26.880. 3/7/2013. Vigente, de alcance general.
 - Costumbres argentinas: se publicó la ley que declara al Mate como infusión nacional
Ley Nacional 26.871. 3/7/2013. Vigente, de alcance general.
Promoción de la yerba mate. Declaración al “Mate” como infusión nacional. Presencia de la expresión y logotipo de Mate Infusión Nacional y la promoción de dicha bebida y sus tradiciones...

LEYES PROVINCIALES

- Declara la emergencia económica y social en el ejido de la Municipalidad de Caviahue-Copahue
Ley 2.872. NEUQUEN, 25/9/2013. Vigente, de alcance general.
- INSTITUYE FIESTA PROVINCIAL DE LOS RANCHOS
Ley VI 166. MISIONES, 19/9/2013. Vigente, de alcance general.
- Modifica la ley VI - Nro. 94 (antes ley 3872) inclusión de la enseñanza del cooperativismo en los establecimientos educacionales de la provincia y aprueba texto ordenado
Ley VI 165. MISIONES, 19/9/2013. Vigente, de alcance general.
- CREACION DE LA CERTIFICACION "LIBRE DE MANO DE OBRA INFANTIL" Y DEL REGISTRO DE EMPRESAS LIBRES DE MANO DE OBRA INFANTIL.-
Ley IX 9. MISIONES, 19/9/2013. Vigente, de alcance general.
- Crea la "Comisión Investigadora para el Análisis y Seguimiento de los permisos de Pesca" otorgados por la provincia del Chubut
Ley XVII 106. CHUBUT, 19/9/2013. Vigente, de alcance general.
- Adhesión a la ley Nacional N 26.819
Ley 7.132. SANTIAGO DEL ESTERO, 17/9/2013. Vigente, de alcance general.
- Crea Sistema Intersectorial e interdisciplinario para la atención de los tratamientos de cáncer infanto juvenil.
Ley 7.786. SALTA, 17/9/2013. Vigente, de alcance general.
- Modificatoria de la Ley 13.757 - Ley de Ministerios

- Ley 14.542. BUENOS AIRES, 12/9/2013. Vigente, de alcance general.
- Declara pueblo histórico provincial a la localidad de Villa Matará
Ley 7.131. SANTIAGO DEL ESTERO, 10/9/2013. Vigente, de alcance general.
- Declaración del 2013 al 2023 la década de conservación y preservación del suelo y la cuencas hídricas
Ley XVI 113. MISIONES, 5/9/2013. Vigente, de alcance general.
- Atención preferencial a mujeres embarazadas, personas discapacitadas, enfermos oncológicos, adultos mayores y personajes que tengan a su cuidado niños de hasta tres años de edad
Ley XIX 57. MISIONES, 5/9/2013. Vigente, de alcance general.
- Crea cargos de Fiscal Penal para el Distrito Judicial del Sur-Distrito Judicial Oran y distrito Judicial Tartagal.
Ley 7.785. SALTA, 3/9/2013. Vigente, de alcance general.
- Instituye "Semana de la Cultura Mexicana"
Ley 4.660. CIUDAD DE BUENOS AIRES, 29/8/2013. Vigente, de alcance general.
- CREACION DEL PROGRAMA PROVINCIAL DE BENEFICIOS PARA LOS EGRESADOS DE ESCUELAS TECNICAS
Ley VIII 64. MISIONES, 29/8/2013. Vigente, de alcance general.
- Aprobando convenio de comodato a suscribirse entre el Ministerio de Salud y la Cooperativa Popular de electricidad de Santa Rosa, para la instalación de una subestación transformadora de energía en el predio del establecimiento asistencial "Dr. Lucio Molas"
Ley 2.725. LA PAMPA, 29/8/2013. Vigente, de alcance general.
- Declarando de utilidad pública, dos parcelas propiedad de la cooperativa de obras y servicios públicos, crédito y provisión de Quemú Quemú que fueron afectadas a la obra de emergencia hídrica "Canal Pluvial Sur" de esa localidad
Ley 2.728. LA PAMPA, 29/8/2013. Vigente, de alcance general.
- Apruebe el Acta Acuerdo suscripta el 24 de julio de 2013 entre el Ministro de Energía y Servicios Públicos de la Provincia del Neuquén y la empresa YPF S.A.
Ley 2.867. NEUQUEN, 29/8/2013. Vigente, de alcance general.
- Aprobando convenio de cooperación en materia de discapacidad, suscripto entre el Servicio Nacional de Rehabilitación y el Ministerio de Bienestar Social de la Provincia de La Pampa
Ley 2.727. LA PAMPA, 29/8/2013. Vigente, de alcance general.
- REGIMEN PROVINCIAL DE ASISTENCIA AL SECTOR TABACALERO Y CREACION DEL FONDO PROVINCIA DE ASISTENCIA AL SECTOR TABACALERO.-
Ley VIII 63. MISIONES, 29/8/2013. Vigente, de alcance general.
- PROGRAMA DE CONCIENTIZACION SOBRE LA UTILIZACION RACIONAL Y EL CUIDADO DEL AGUA
Ley XVI 111. MISIONES, 29/8/2013. Vigente, de alcance general.

- Aprobando convenio marco de participación en el programa de desarrollo de seguros públicos provinciales de salud -Programa Sumar- celebrado entre el Ministerio de Salud de la Nación y la provincia de La Pampa
Ley 2.726. LA PAMPA, 29/8/2013. Vigente, de alcance general.
- Ratifica Decreto N° 1169 de fecha 13 de junio de 2011, por el cual se homologa el Acta Acuerdo Laboral
Ley 8.586. MENDOZA, 27/8/2013. Vigente, de alcance general.
- Creación del Programa: "Fondo Bicentenario 2016 para pequeños productores cañeros de Tucumán"
Ley 8.598. TUCUMAN, 27/8/2013. Vigente, de alcance general.
- Programa de repoblamiento de los ríos Paraná, Uruguay e Iguazú
Ley XVI 110. MISIONES, 22/8/2013. Vigente, de alcance general.
- Salud pública. Cobertura de tratamiento y medicamentos a pacientes que padezcan enfermedades oncológicas
Ley 7.783. SALTA, 22/8/2013. Vigente, de alcance general.
Obra Social de la Provincia e Instituto Provincial de Salud. Enfermedades oncológicas. Cobertura total del tratamiento y provisión de medicamentos a pacientes

DECRETOS NACIONALES

- Modificación del Régimen de Promoción de Fabricación Nacional de Bienes de Capital
Decreto Nacional 1.591/13. 21/10/2013. Vigente, de alcance general.
Se modifica el Régimen de Promoción de Fabricación Nacional de Bienes de Capital
- Aprobación del Modelo de Contrato de Préstamo a celebrarse entre la República Argentina y el Banco Interamericano de Desarrollo destinado a financiar parcialmente el "Programa Multisectorial de Preinversión IV. Segunda Operación Individual"
Decreto Nacional 1.602/13. 21/10/2013. Vigente, de alcance general.
Se aprueba el Modelo de Contrato de Préstamo a celebrarse entre la República Argentina y el Banco Interamericano de Desarrollo destinado a financiar parcialmente el "Programa Multisectorial..."
- Asignación de Representación Diplomática de la República ante el Reino de Bután a la Embajada de la República en la República de la India
Decreto Nacional 1.560/13. 9/10/2013. Vigente, de alcance general.
Se asigna la Representación Diplomática de la República ante el Reino de Bután a la Embajada de la República en la República de la India.
- Modelo de Contrato de Préstamo a celebrarse entre la República Argentina y el Banco Interamericano de Desarrollo
Decreto Nacional 1.540/13. 8/10/2013. Vigente, de alcance general.

- Se aprueba el Modelo de Contrato de Préstamo a celebrarse entre la República Argentina y el Banco Interamericano de Desarrollo.
- Porroga la Intervención del Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS)
Decreto Nacional 1.524/13. 3/10/2013. Vigente, de alcance general.
Se Porroga la Intervención del Ente Nacional Regulador del Gas
 - Exteriorización voluntaria de la Tenencia de Moneda Extranjera en el país y en el exterior. Prorroga del Plazo
Decreto Nacional 1.503/13. 30/9/2013. Vigente, de alcance general.
Se prorroga plazo para la Exteriorización voluntaria de la Tenencia de Moneda Extranjera en el país y en el exterior.
 - Modificación de la distribución del Presupuesto General de la Administración Nacional - Recursos Humanos - Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca
Decreto Nacional 1.479/13. 25/9/2013. Vigente, de alcance general.
Se modifica la distribución del Presupuesto General de la Administración Nacional - Recursos Humanos - Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca.
 - Decreto de Necesidad y Urgencia sobre Transferencia y Reasignación de Inmuebles
Decreto de Necesidad y Urgencia Nacional 1.416/13, Poder Ejecutivo. 18/9/2013. Vigente, de alcance general.
Se transfieren y reasignan inmuebles.
 - Modificación de las Posiciones arancelarias de la Nomenclatura Común del Mercosur
Decreto Nacional 1.425/13. 18/9/2013. Vigente, de alcance general.
Se modifican las Posiciones arancelarias del Mercosur.
 - El Poder Ejecutivo Nacional restituye la zonas francas de la provincia de Santa Cruz
Decreto Nacional 1.388/13. 12/9/2013. Vigente, de alcance general.
Restitución a la Provincia de Santa Cruz, en cumplimiento del Convenio de Adhesión celebrado entre la citada Provincia y el Estado Nacional celebrado el 5 de diciembre de 1994, las Zonas Francas...
 - Medidas especiales para los afectados por los incendios ocurridos desde el 6 de septiembre
Decreto Nacional 1.369/13. 12/9/2013. Vigente, de alcance general.
Suplementos excepcionales equivalentes al 100 por ciento de la cuantía actual de las asignaciones familiares por Hijo, Hijo con discapacidad y Prenatal de los trabajadores afectados por los incendios....
 - Subsidio de Mitigación de Asimetrías para el Régimen de Trabajo Especial
Decreto Nacional 1.368/13. 11/9/2013. Vigente, de alcance general.
Se instituye el Subsidio de Mitigación de Asimetrías para el Régimen de Trabajo Especial

- Se reglamenta el régimen de Promoción de la Industria del Software y Servicios Informáticos
Decreto Nacional 1.315/13. 9/9/2013. Vigente, de alcance general.
Reglamentación de la Ley N° 25.922. Creación del Registro Nacional de Productores de Software y Servicios Informáticos. Facturación anual. Cuota de empleados. Autoridad de Aplicación.
- Estructura organizativa de primer nivel operativo del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante
Decreto Nacional 1.335/13. 9/9/2013. Vigente, de alcance general.
Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante. Se aprueba la estructura organizativa. Organigrama, Objetivos, Responsabilidad Primaria, Acciones y Dotación de personal....
- Modificación del Régimen de Importación definitivo para Consumo de Bienes Usados.
Decreto Nacional 1.288/13. 2/9/2013. Vigente, de alcance general.
Se modifica el Régimen de Importación definitivo para Consumo de Bienes Usados.
- Aprobación de la estructura organizativa de primer nivel operativo de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica organismo descentralizado de la Secretaría de Políticas, Regulación e Institutos del Ministerio de Salud
Decreto Nacional 1.271/13. 29/8/2013. Vigente, de alcance general.
Se aprueba la estructura organizativa de primer nivel operativo de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica organismo descentralizado de la Secretaría de Políticas,...
- Modificación de los rangos, topes y montos de las asignaciones familiares
Decreto Nacional 1.282/13. 29/8/2013. Vigente, de alcance general.
Se modifican los rangos, topes y montos de las asignaciones familiares
- Creación de la Unidad Ejecutora de la Obra de Soterramiento del Corredor Ferroviario Caballito-Moreno de la Línea Sarmiento
Decreto Nacional 1.244/13. 28/8/2013. Vigente, de alcance general.
Se crea la Unidad Ejecutora de la Obra de Soterramiento del Corredor Ferroviario Caballito-Moreno de la Línea Sarmiento
- Modificación del Impuesto a las Ganancias
Decreto Nacional 1.242/13. 27/8/2013. Vigente, de alcance general.
Se modifica el Impuesto a las Ganancias
- Adopción de disposiciones de la Decisión N° 37/2012 del Consejo del Mercado Común.
Decreto Nacional 1.229/13. 26/8/2013. Vigente, de alcance general.
Se adoptan disposiciones de la Decisión N° 37/2012 del Consejo del Mercado Común.
- Modificación de Asignaciones en la Administración Pública Nacional
Decreto Nacional 1.186/13. 22/8/2013. Vigente, de alcance general.

- Se modifican Asignaciones en la Administración Pública Nacional
- Creación del Programa Federal de Colaboración y Asistencia para la Seguridad en la órbita del Ministerio de Seguridad
Decreto Nacional 1.177/13. 22/8/2013. Vigente, de alcance general.
Creación del Programa Federal de Colaboración y Asistencia para la Seguridad en la órbita del Ministerio de Seguridad
 - Decreto de Necesidad y Urgencia sobre Modificación del Presupuesto General de la Administración Nacional para el Ejercicio 2013.
Decreto de Necesidad y Urgencia Nacional 1.170/13, Poder Ejecutivo. 15/8/2013. Vigente, de alcance general.
Se modifica el Presupuesto General de la Administración Nacional para el Ejercicio 2013.
 - Duelo Nacional en todo el territorio de la República Argentina por el trágico suceso ocurrido en la Ciudad de Rosario
Decreto Nacional 1.077/13. 7/8/2013. Vigente, de alcance general.
Se declara Duelo Nacional en todo el territorio de la República Argentina, por el término de DOS (2) días a partir del día de la fecha.
 - Modificación de la Estructura Orgánica del Ministerio de Turismo de la Nación
Decreto Nacional 1.067/13. 1/8/2013. Vigente, de alcance general.
Se modifica la Estructura Orgánica del Ministerio de Turismo de la Nación

DECRETOS REGLAMENTARIOS

-
- Decreto Reglamentario de la Ley 8357, en la cual se establece el ejercicio de la profesión de Licenciado en Niñez, Adolescencia y Familia
Decreto 1.727/13. MENDOZA, 7/10/2013. Vigente, de alcance general.
Se aprueba la reglamentación de la Ley N° 8357, en la cual se establece el ejercicio de la profesión de Licenciado en Niñez, Adolescencia y Familia.
 - Se reglamenta el régimen de Promoción de la Industria del Software y Servicios Informáticos
Decreto Nacional 1.315/13. 9/9/2013. Vigente, de alcance general.
Reglamentación de la Ley N° 25.922. Creación del Registro Nacional de Productores de Software y Servicios Informáticos. Facturación anual. Cuota de empleados. Autoridad de Aplicación.
 - Decreto Reglamentario de la Ley 14.510 - Declaran zona de desastre y en estado de emergencia social, económica, sanitaria y urbana a los Municipios afectados por el fenómeno climatológico ocurrido el 2 de abril de 2013.

- Decreto 684/13. BUENOS AIRES, 28/8/2013. Vigente, de alcance general.
- Se reglamenta la Ley 14.510 que declara zona de desastre y en estado de emergencia social, económica sanitaria y urbana a los Municipios afectados por el fenómeno climatológico ocurrido el 2...
- **Transparencia de los mercados y protección de los inversores:**
Reglamentación de ley de Mercado de Capitales
Decreto Nacional 1.023/13. 29/7/2013. Vigente, de alcance general.
Desarrollo del mercado de capitales en forma equitativa, eficiente y transparente, protegiendo los intereses del público inversor, minimizando el riesgo sistémico. Reglamentación de la ley 26.831....
 - **Protección del consumidor. Servicio público telefónico. Creación del REGISTRO NO LLAMAR.** Reglamentación de la ley
Decreto 559/13. BUENOS AIRES, 29/7/2013. Vigente, de alcance general.
Creación del "REGISTRO NO LLAMAR", cuya finalidad es la de proteger a los usuarios de los posibles abusos de los servicios telefónicos. Se aprueba la reglamentación de la ley 14.326.
 - **Decreto Reglamentario de la Ley 14.432 - Ley de Protección de Vivienda Unica y de Ocupación Permanente**
Decreto 547/13. BUENOS AIRES, 29/7/2013. Vigente, de alcance general.
Se aprueba la reglamentación de la Ley 14.432 que asegura la protección de un derecho humano fundamental como lo es la vivienda digna tutelando a la persona humana.
 - **Decreto Nacional 933/13**
Decreto Nacional 933/13. 15/7/2013. Vigente, de alcance general.
Servicios de comunicación audiovisual. Reglamentación de la ley 23.316. Emisión de programación en idioma oficial. Obligatoriedad de la inscripción en el Registro para empresas, estudios y laboratorio...
 - **Decreto Reglamentario de la Ley 8.496 - Creación del Programa Gas Natural para todos**
Decreto 1.035/13. MENDOZA, 15/7/2013. Vigente, de alcance general.
Se reglamenta la ley 8496, que crea el Programa Gas Natural para todos.
 - **Decreto Reglamentario de la Ley 12.257 - Código de Aguas**
Decreto 429/13. BUENOS AIRES, 11/7/2013. Vigente, de alcance general.
Se aprueba la reglamentación de los artículos 43, 56 y 67 de la ley 12.257, Código de Aguas.
 - **Decreto Nacional 894/13**
Decreto Nacional 894/13. 5/7/2013. Vigente, de alcance general.

- Reglamentación de la ley 26.856. Obligatoriedad de la publicación íntegra de todas las acordadas, resoluciones y sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y por los tribunales...
- Decreto Nacional 895/13
Decreto Nacional 895/13. 5/7/2013. Vigente, de alcance general.
Carácter Público de las Declaraciones Juradas Patrimoniales Integrales de los Funcionarios Públicos. Decreto reglamentario de la ley 26.857. Obligatoriedad de declarar su situación patrimonial....
 - Raciones asignadas a escuelas. Se reglamenta el art. 1 de la ley 13.296.
Decreto 2.108/13. SANTA FE, 26/6/2013. Vigente, de alcance general.
Raciones asignadas a escuelas. Se reglamenta el art. 1 de la ley 13.296..
 - Decreto Reglamentario de la Ley 8096 - Creación a través de la Secretaría de Turismo el Certificado de Legitimidad de Oferta
Decreto 896/13. MENDOZA, 19/6/2013. Vigente, de alcance general.
Se aprueba la reglamentación de la Ley 8.096 que crea a través de la Secretaría de Turismo el Certificado de Legitimidad de Oferta.
 - DECRETO REGLAMENTARIO DE LA LEY III-0813-2012 - LEY DE ATENCION PRIMARIA DE LA SALUD
Decreto 3.670/13. SAN LUIS, 18/6/2013. Vigente, de alcance general.
Se aprueba el decreto reglamentario de la Ley de Atención Primaria de la Salud.
 - REGLAMENTACION DEL REGIMEN DE CAMPAÑAS ELECTORALES
Decreto Nacional 760/13. 17/6/2013. Vigente, de alcance general.
Se aprueba la reglamentación del Régimen de Campañas Electorales
 - Recursos energéticos renovables. Energía eléctrica.
Decreto 853/13. MENDOZA, 12/6/2013. Vigente, de alcance general.
Régimen de fomento para el uso de fuentes renovables de energía. Adhesión de la provincia a la Ley Nacional 26.190. Se aprueba la reglamentación de la ley 7822.
 - DECRETO REGLAMENTARIO DE LA LEY 8.382 - ADHESION PROVINCIAL A LA LEY NACIONAL 26.687
Decreto 748/13. MENDOZA, 28/5/2013. Vigente, de alcance general.
Se aprueba la reglamentación de la ley 8.382, mediante la que se adhiere a la Ley Nacional N° 26.687, que trata sobre la Regulación de la publicidad, promoción y consumo de los productos elaborados...
 - REGLAMENTACION DE LA LEY 26.687 SOBRE REGULACION DE LA PUBLICIDAD, PROMOCION Y CONSUMO DE LOS PRODUCTOS ELABORADOS CON TABACO
Decreto Nacional 602/13. 28/5/2013. Vigente, de alcance general.

Se aprueba la reglamentación de la Ley 26.687 sobre Regulación de la Publicidad, Promoción y Consumo de los productos elaborados con Tabaco

- Decreto Nacional 603/13
Decreto Nacional 603/13. 28/5/2013. Vigente, de alcance general.
Salud Mental. Decreto reglamentario de la ley 26.657. Creación de la Comisión Nacional Interministerial en Políticas de Salud Mental y Adicciones. Protección de los derechos de las personas con...
- DECRETO REGLAMENTARIO DE LA LEY 8270 - PLAN ESTRATEGICO DE OBRAS Y MEJORAMIENTO OPERATIVO DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO DE MENDOZA
Decreto 729/13. MENDOZA, 28/5/2013. Vigente, de alcance general.
Se aprueba la reglamentación para la implementación del Plan Estratégico de Obras y Mejoramiento Operativo de Agua Potable y Saneamiento de Mendoza.
- Decreto Nacional 589/13
Decreto Nacional 589/13. 27/5/2013. Vigente, de alcance general.
Operaciones que se realicen con personas físicas o jurídicas ubicadas en países de baja o nula tributación. Modificación del régimen establecido por la reglamentación de la ley de Impuesto a...
- DECRETO REGLAMENTARIO DE LA LEY XI-0838-2013 - LEY DE ELECCIONES PRIMARIAS, ABIERTAS SIMULTANEAS Y OBLIGATORIAS
Decreto 2.102/13. SAN LUIS, 4/5/2013. Vigente, de alcance general.
Se aprueba la rglamentación de los artículos 14 y 15 de la la Ley de Elecciones Primarias, Abiertas, Simultáneas y Obligatorias Nº XI-0838-2013.
- Modificando el decreto nº 2181/02 con relación a la convocatoria a concursos públicos de antecedentes y oposición para cargos de ascenso del sistema educativo provincial.
Decreto 128/13. LA PAMPA, 12/4/2013. Vigente de alcance acotado-temporal/territorial/personal.
Modificando el decreto nº 2181/02 con relación a la convocatoria a concursos públicos de antecedentes y oposición para cargos de ascenso del sistema educativo provincial.
- Decreto Nacional 355/13
Decreto Nacional 355/13. 4/4/2013. Vigente, de alcance general.
Reglamentación de la Ley 26.653 de Accesibilidad de la Información en las Páginas Web.
- Decreto Nacional 301/13
Decreto Nacional 301/13. 21/3/2013. Vigente de alcance acotado-temporal/territorial/personal.
Reglamentación de la ley 26.727, norma que rige el Contrato de Trabajo Agrario.