

ISSN 2408-4581



REVISTA DEL DEPARTAMENTO DE
DERECHO

número
//02
julio / 2015

E
UGD
EDITORIAL

 UNIVERSIDAD
Gastón Dachary



Editorial UGD
Universidad Gastón Dachary

Salta 1912, Posadas, Misiones, Argentina
Teléfono: +54 (0376) 4438677
Fax: +54 (0376) 4438677

Revista del Departamento de Derecho de
la Universidad Gastón Dachary.
Número 1.

Contacto: editorial@dachary.edu.ar
Colección Revistas de la Editorial UGD



Sumario

“El juez civil y la prueba: Algunas reflexiones sobre el significado y alcance del principio imparcialidad judicial” 4

El Proceso Abreviado Laboral en el marco del nuevo Código de Procedimiento de la Provincia de Misiones. Un salto a la celeridad procesal 10

La Democracia y su ejercicio. El presupuesto participativo de la ciudad de Posadas como una oportunidad 20

Los procesos urgentes en el régimen del Código Procesal Civil, Comercial, de Familia y Violencia Familiar de la Provincia de Misiones 30

El Derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo 44

Staff

Rector:

Ing. Luis Enrique Lichowski

Secretaría de Extensión:

Lic. Gabriela Lichowski

Coordinador Editorial UGD:

Lic. Jerónimo Peralta Rodríguez

Director de Abogacía -UGD:

Dr. Juan Manuel Lezcano

Editora Revista Derecho UGD:

Dra. Vanesa Carolina Rosas

Diseño de Tapa:

DG. Marisa Figueredo

Corrección:

Gabriela Loreiro

ISSN 2408-4581

Editorial

Un espacio para el Derecho Público

Dra. Carolina Vanesa Rosas

Así como en el primer número de la Revista generamos un espacio de reflexión para el Derecho Privado, en esta oportunidad propiciamos reflexiones en el ámbito del Derecho Público, es decir, de esta parte del derecho en la cual se siente una fuerte presencia estatal dados los bienes jurídicos tutelados.

Colegas de esta Casa de Altos estudios reflexionan, y nos invitan a acompañarlos en esa tarea, acerca de temáticas relevantes en todo estado de Derecho, vinculadas al debido proceso garantizado desde nuestra propia Carta Magna; nos instan a reflexionar acerca de la labor judicial, a analizar el proceso mismo y la valoración judicial de la prueba.

En esta línea de análisis, y con profundo anclaje local, siguiendo la identidad de nuestra Universidad, y considerando la novedad que aún entraña la reforma procesal en nuestra provincia de Misiones a partir de la entrada en vigencia de los nuevos Códigos Procesales en marzo de 2014, en el presente número se pone especial atención a los procesos urgentes en el Código Procesal Civil, Comercial, de Familia y Violencia Familiar de la provincia de Misiones.

También, y con una mirada local en el aporte de la construcción de una ciudadanía comprometida con lo público, se reflexiona sobre aspectos tales como el presupuesto participativo, como una herramienta interesante en el marco de la democracia participativa.

Cada docente, desde su disciplina propia nos permite en su trabajo indagar acerca de estos temas de gran relevancia en el quehacer cotidiano.

El juez civil y la prueba

Algunas reflexiones sobre el significado y alcance del principio imparcialidad judicial¹

Por **Juan Manuel Lezcano**, Abogado - Doctorando UNL - UCSF - Docente en UCSF - UGD- Investigador UCSF - UGD - juanmanuellezcano@gmail.com

SUMARIO: I - Introducción. II - La prueba judicial y la convicción del magistrado. III - El juez y la prueba. IV - El concepto de "debido proceso". V - Inconstitucionalidad por privación de prueba. VII - Inconstitucionalidad por inidoneidad del juez. VIII - La garantía de imparcialidad. IX - Conclusiones. X - Bibliografía.

I. Introducción

En el presente trabajo se pretende caracterizar la cuestión probatoria desde la íntima relación que existe con el principio de imparcialidad, lo cual exige algunas precisiones a poco que se profundice e intente abocar del plano meramente teórico al campo de la dinámica del proceso.

Esta tarea resulta tanto más necesaria cuando se repara el contenido acentuadamente subjetivo del juicio de valoración de la prueba y arrastra un cierto riesgo de afectar de modo sustancial la garantía de un debido proceso legal, en la medida que se pretenda aprehender fuera de contexto de dicha garantía la evaluación probatoria y/o atribuibles apriorísticamente -en su caso- una eficacia insuficiente por sí para sellar la suerte del litigio.

Sobre estas bases se intentará delinear aquí la incidencia e importancia de la imparcialidad judicial, así como también otros aspectos a considerar que se relacionan con objeto de la valoración para deducir la formación de la convicción del magistrado. Esto último creemos está íntimamente relacionado con los principios del derecho procesal y en especial con el de imparcialidad ya que *"para comprender el planteo del tema, lo primero que cabe hacer es recordar qué se entiende por principios procesales: se trata, simplemente, de puntos de partida. Pero así como nadie puede caminar hacia ninguna parte (siempre que lo haga tomará una dirección: hacia adelante, hacia atrás, etcétera), ese punto de*

*partida debe ser visto en función de lo que se pretende hallar o lograr al llegar*².

II. La prueba judicial y la convicción del magistrado

Destacaba Capograssi, la *"doble magia"* que se experimenta en el proceso, que por un lado el *"hacer revivir lo que ya no vive, lo que está ahora gastado"*, y por el otro de *"hacerlo revivir en la conciencia y en el juicio de alguien que estuvo totalmente ausente y fue extraño a la experiencia que debe resurgir"*³. Surge como resultado de dicho fenómeno, la carga de reproducir para el proceso los hechos que tienen relevancia para la justa composición del conflicto de intereses, elemento que habitualmente se constata mediante otros que los representan o esgrimen al menos como vehículo para presumir su existencia, toda vez que el juez los desconoce por obra de los sucesos, o debe tenerlos por desconocidos por mandato de la ley⁴, y en garantía de la legalidad e imparcialidad de la decisión.

De allí entonces que se ubique como finalidad de la actividad probatoria, la de *"formar el convencimiento del juez acerca de la existencia o no existencia de hechos de importancia en el proceso"*⁵, con total independencia en cuanto a que su resultado pueda ser entendido como probable o meramente verosímil o -en cualquier caso- un hecho incluso absolutamente verdadero si se quiere, que no es tal con abstracción del sujeto cognoscente, ya que como bien observa Hessen, *"el conoci-*

¹ El siguiente artículo es parte del trabajo presentado en el "X Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista" Azul-2009.

² ALVARADO VELLOSO, A. "Imparcialidad Judicial". En línea <http://campus.academiadederecho.org/upload/webs/Bari/BARI%20LA%20IMPARCIALIDAD%20JUDICIAL.pdf>

³ SPINELLI, "Las pruebas civiles", p. 9, Ed. Ejea.Bs.As.1985.

⁴ Ver STEIN, "Das private Wissen des Richters", traducida al castellano por Andrés de la Oliva Santos, y publicada por la Universidad de Navarra (España).

⁵ CHIOVENDA, "Principios de derecho procesal civil" t. 2, p. 296. Ed. Reus.Bs.As.1964; COUTURE, "Fundamentos de derecho procesal civil" pp. 100/1, Ed. Aniceto López, 1942.

miento es por esencia una relación entre un sujeto y un objeto”.

Ahora bien, las “razones por las cuales el juez obtiene su convencimiento y saca la conclusión”⁶ también se hallan comprendidas dentro de la materia probatoria, pues ésta no se limita a acercarse al proceso las fuentes, sino que especialmente la cualidad “que de ellas deriva, bajo la acción de la regla de experiencia”⁷ que viene a configurar lo que Carnelutti ha dado en llamar el argumento de prueba, para estimar “la existencia o la inexistencia del hecho a probar”⁸.

De ello se desprende que es prueba el testimonio, el documento, el indicio así como el argumento, que “no es algo que exista objetivamente, en el hecho o fuera de él, sino que expresa la reasunción de éste (...) en la regla de experiencia a fin de extraer su deducción”⁹.

Es que si pensamos que la prueba judicial incluye tanto la fuente, el medio a través del cual se la introduce o incorpora para el proceso como el argumento que de aquellas se extrae, cuya eficacia se examinará a contraluz de las reglas de la “sana crítica” y en su conjunto, pues bien puede ocurrir que la conclusión aislada de un solo medio probatorio se vea empero contradicha por la restante prueba arriada a los autos.

III. El juez y la prueba

Si afirmamos que los límites del juez¹⁰ para verificar los hechos invocados por las partes es uno de los dogmas más caros al principio dispositivo es que el juez no puede indagar la existencia de hechos no afirmados por las partes. Las facultades del juez para esclarecer los

hechos tienen una doble limitación: le está vedada, como ya dije, la posibilidad de investigar hechos no alegados y tampoco puede verificar la existencia de hechos expresamente admitidos por la parte contraria (con excepción de los llamados procesos civiles “penalizados” donde el interés público hace que se amplíen las facultades judiciales¹¹. Restringidos en la forma expuesta, los poderes del juez, cabe, todavía, establecer

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación faculta al juez para ordenar las diligencias imperiosas a fin de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, siempre que se respete el derecho de defensa (disposición citada) y que se mantenga la igualdad de las partes en el proceso.

los alcances de dichos poderes. El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación faculta al juez para ordenar las diligencias imperiosas a fin de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos (art. 36, inc. 2º), siempre que se respete el derecho de defensa (disposición citada) y que se mantenga la igualdad de las partes en el proceso (art. 34, inc. 5º, ap. a).

También de la norma general antes aludida, el mismo Código contiene varias disposiciones suplementarias: puede el juez disponer la comparecen-

cia de los litigantes a fin de requerirles las explicaciones que estime necesarias (art. 36, inc. 4º); decidir en cualquier momento la comparecencia de los peritos y de los testigos para interrogarlos acerca de todo aquello que creyere necesario (inc. 5º); mandar que se agreguen documentos existentes en poder de los litigantes (inc. 6º); ordenar medios de prueba no ofrecidos (art. 378); interrogar libremente a las partes (art. 415) y pedirles las explicaciones que estime necesarias (art. 438); citar de oficio a los testigos mencionados en los escritos de constitución del proceso y ordenar que sean examinados nuevamente los ya interrogados, para proceder al careo o aclarar sus declaraciones (art. 452); ordenar la ejecución de planos, relevamientos, reproducciones fotográficas o de otra especie, de objetos, documentos o lugares; mandar que se realicen exámenes científicos para el mejor esclarecimiento de los hechos controvertidos; disponer la reconstrucción de hechos para comprobar si se han producido o pudieron realizarse de una manera determinada (art. 473); solicitar informes a academias, corporaciones, institutos y entidades públicas o privadas (art. 477); ordenar el reconocimiento judicial de lugares o de cosas (art. 479).

La interpretación restrictiva que se le ha dado a los poderes indicados ha tomado poco usual su aplicación. Se viene reiterando que el juez no puede suplir el error, la omisión ni la inactividad de las partes. En contexto, el juez debe actuar de oficio cuando las partes no han cumplido eficientemente con la carga de probar los hechos afirmados; de lo contrario la ac-

⁶ DEVIS ECHANDIA, “Teoría General de la Prueba Judicial”, t.I, 1974, p. 273. Bs. As.

⁷ CARNELUTTI, “La prueba civil”, Ed. Depalma, 1970. “El resultado de la búsqueda jurídicamente limitada o regulada no es pues la verdad material o, como diríamos mediante una eficaz redundancia, la verdad verdadera, sino una verdad convencional (...) que se denomina (...) formal (...) o judicial, porque se la busca mediante leyes jurídicas y no sólo mediante leyes lógicas, y únicamente en virtud de esas leyes jurídicas reemplaza a la verdad material” (p. 21).

⁸ CARNELUTTI, Ob. cit., p. 195

⁹ CARNELUTTI, Ob. cit., p. 195

¹⁰ Ver ALVARADO VELLOSO, A “EL GARANTISMO PROCESAL”. Conferencia pronunciada en el I Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, Azul, 4 y 5 de Noviembre de 1999.

¹¹ Ver PERALTA REYES, Víctor M., “Efectos de la cosa juzgada penal sobre el juicio civil. El supuesto de sentencia penal absolutoria”, LA LEY 29/03/2005, 1, BENAVENTE, María I., “Dos problemas recurrentes: la prejudicialidad y la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente”, JA 2003-IV-277, Comentario a: C. Civ. y Com. Morón, sala 2ª, 20/2/2003 - Jollada, Oscar N. v. Rithner, Heriberto A.

Los magistrados judiciales no sólo pueden sino que deben utilizar sus potestades para esclarecer la verdad de los hechos que, debidamente alegados, se hallen controvertidos, cualquiera sea la actividad de los litigantes en la etapa probatoria y esto sin afectar el debido proceso.

tividad del juez sería innecesaria. Sentís Melendo nos indica entre los peligros más naturales y frecuentes que exhiben los poderes del juez en esta materia, el no ejercicio de ellos; un magistrado puede pasarse la vida sin hacer uso de los poderes que la ley ha puesto en sus manos, y que los ha puesto para que se ejerciten¹². Esclarez se pronuncia en expresiones parecidas: no hay que temer a las facultades otorgadas a los jueces en materia probatoria; *“la ley 50, dictada en el año 1863, otorgaba facultades más amplias que las que, 90 años después, confirió la ley 14.237 y desde 1863 hasta ahora nunca se han tenido noticias de que los jueces hayan pecado en arbitrariedad por exceso de dichas facultades; al contrario el peligro está en que el juez, por exceso de trabajo o por indiferencia, no haga uso de esas potestades cuando la situación del pleito así lo exige. Las partes siguen siendo dueñas de los hechos, con la carga de su respectiva prueba, pero el juez se reserva el derecho de investigar esos hechos a fin de que la verdad legal que surge del expediente y la verdad real que surge de los hechos, sea una sola”*¹³.

En la Exposición de Motivos del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación examinamos que entre los propósitos que orientaron a los autores del proyecto, convertido después en ley, se hallaba el de “dotar a los jueces de mayores atribuciones en lo referente a la dirección y ordenación de las causas, de manera tal que el proceso, sin dejar de responder a las exigencias fundamentales del principio dispositivo, no se desarrolle como un juego de ficciones librado a la habilidad ocasional de los litigantes”.

Los jueces no deben renunciar a este principio rector del Código vigente. Los

magistrados judiciales no sólo pueden sino que deben utilizar sus potestades para esclarecer la verdad de los hechos que, debidamente alegados, se hallen controvertidos, cualquiera sea la actividad de los litigantes en la etapa probatoria y esto sin afectar el debido proceso. Esto sin acudir al cómodo argumento de que sobre éstas pesa la carga de la prueba. Ante la duda sobre la forma en que sucedieron los hechos, el juez debe tratar de esclarecerlos y asegurar así el debido proceso ya que si las partes tienen la carga de la prueba, aquél tiene el deber de dar o reconocer la razón a quien la posee.

IV. El “debido proceso”

Numerosos textos constitucionales, hablan de “debido proceso”, “proceso en legal forma”, “proceso establecido”, “formas previstas por la ley”, etcétera. Muchas de esas locuciones tienen relación directa o indirectamente, con algunas expresiones contenidas en la Carta magna inglesa y su ulterior desenvolvimiento en los Estados Unidos.

Pero no conocemos, ni en la doctrina inglesa ni en la de los Estados Unidos, un estudio que instituya la relación evidente que existe entre esos textos y las instituciones que en el derecho codificado, de origen romano, encaran los mismos fenómenos. Los libros y estudios que más adelante serán citados, examinan el tema en el ámbito propio del derecho de cada país o de cada sistema. Una visión común de este tema en ambos sistemas, no ha sido expuesta hasta ahora, que nosotros sepamos, en ninguno de los dos sistemas jurídicos.

Podemos señalar en este trabajo, que la doctrina y la jurisprudencia de los Estados Unidos, coinciden, en términos generales, con las soluciones instituidas en los códigos y leyes de los países de procedencia jurídica romana. Incluimos en éstos, por supuesto, aquellos países del norte de Europa que en su tiempo recibieron el derecho romano y sobre

¹²- SENTIS MELENDO. “La Prueba. Los grandes temas del Derecho Probatorio”, Ed. Ejea., Bs. As., 1978, p. 208.

¹³- “Los tres principios rectores del nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación” en Revista Jurídica de San Isidro, t. 1968-II, p. 245.

su fórmulas forjaron ulteriormente su ciencia del derecho.

De lo expresado hasta aquí puede percibirse manifiestamente este fenómeno de disparidad de medios de técnica jurídica dado que la geografía nos ha colocado en el vértice de un triángulo cuyos otros extremos se encuentran en forma casi equidistante, en Europa y en los Estados Unidos. En muchos puntos, esas dos mentalidades no se comprenden; nosotros, por nuestra parte, en más de una oportunidad, tenemos el privilegio de comprenderlas a las dos.

Concibamos, pues, la experiencia de saber qué quiere decir “debido proceso” en el léxico angloamericano, de dónde ha surgido, y en el léxico de la codificación en el que ha sido virtualmente adoptado y seguramente nos encontremos ante una diferente concepción desde los sistemas jurídicos citados.

V. Inconstitucionalidad por privación de prueba

Cuando se intenta examinar en conjunto las decisiones de los tribunales de los Estados Unidos en materia probatoria, se advierte que habitualmente se trata de corregir errores de procedimientos o desviaciones de aquellas garantías que todos los códigos procesales, especialmente de la materia criminal, consideran como una garantía mínima del demandado.

Pero se ha señalado que se viola la garantía del debido proceso y el de imparcialidad, cuando se obtiene una condena por la presentación de un testigo que las autoridades acusadoras reconocen que es perjurio¹⁴, o cuando se trata de una simple apariencia de juicio¹⁵.

Linealmente ligado a estas circunstancias, se halla el tema relativo a las presunciones legales. La jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos ha concluido que compete a los Estados, en

su legislación interna, establecer el régimen de presunciones legales que ha de regir la tarea de los jueces. Pero junto a ese principio se ha sostenido que viola la garantía constitucional, el establecimiento de presunciones ilógicas o que instituyen “una discriminación odiosa” o que tienden a privar a una parte de oportunidad razonable para presentar los hechos pertinentes a su defensa¹⁶.

Igualmente aquí cabe enunciar la distinción entre motivos de nulidad, por infracción a la ley y motivos de inconstitucionalidad de la ley por violación de la garantía del proceso. “Las garantías de la prueba conciernen, en el sistema de la codificación, a la ley ordinaria, la que ordena la producción de la misma con un criterio de razonable equidad para ambas partes, con arreglo al principio de igualdad de las mismas en el proceso”¹⁷.

Con nuestro criterio, sería correcta la solución de que una ley estableciendo una presunción absurda o irrazonable que no admita prueba en contrario, es violatoria de la garantía constitucional de defensa en juicio y al principio de imparcialidad.

VI. Inconstitucionalidad por inidoneidad del juez

La Suprema Corte de los Estados Unidos ha mantenido que es garantía fundamental la existencia de un tribunal “competente e imparcial”¹⁸ y que viola la garantía del *due process of law* la existencia de un juez inferior que cobra sus servicios sólo cuando condena al demandado y no cuando lo absuelve¹⁹.

Con motivaciones más consistentes desde el punto de vista de la fundamentación, nosotros deberíamos llegar a conclusiones análogas. En nuestro concepto, la garantía constitucional

Se viene reiterando que el juez no puede suplir el error, la omisión ni la inactividad de las partes. En contexto, el juez debe actuar de oficio cuando las partes no han cumplido eficientemente con la carga de probar los hechos afirmados; de lo contrario la actividad del juez sería innecesaria.

¹⁴ Mooney v. Holohan, U. S. 103, 112 (1935).

¹⁵ Brown v. Mississippi, 297 U. S. 278, 286 (1936).

¹⁶ Bandini Petroloium Cº v. Superior Ct., 284 U. S. 8, 18 (1931); Mobile J. y K. C. R. Cº v. Henderson, 279 U. S. 639, 642 (1929).

¹⁷ COUTURE, E. “Fundamentos del derecho procesal civil”. Edit.López.Bs.As.1976, p. 124

¹⁸ Jordan v. Massachussets, 255 U. S. 167, 176 (1912).

¹⁹ Tumey v. Ohio, 273 U. S. 510, 523, 531 (1927).

Los magistrados judiciales no sólo pueden sino que deben utilizar sus potestades para esclarecer la verdad de los hechos que, debidamente alegados, se hallen controvertidos, cualquiera sea la actividad de los litigantes en la etapa probatoria y esto sin afectar el debido proceso. Esto sin acudir al cómodo argumento de que sobre éstas pesa la carga de la prueba.

exige, cuanto menos, tres condiciones:

- a) independencia para que el juez pueda hallarse por encima de los poderes políticos y aun de las masas que pretenden presionar sobre las decisiones; b) imperio, para que sus fallos no sean dictámenes académicos ni piezas de doctrina, y se cumplan efectivamente por los órganos encargados de ejecutarlos; 3) y responsabilidad, para que el poder no se convierta en despotismo.

VIII. Visión global del campo del proceso

Lo dicho hasta aquí no aspira a constituir un nuevo modo de análisis de los fenómenos procesales, ni siquiera una importancia para un tema particular. Decía Roscoe Pound, acaso el más perspicaz de los filósofos norteamericanos del derecho, que ellos no pueden concebir el derecho *“como un sistema completo de legislación, según el cual todo caso sería previsto, si no por expresa disposición, al menos por una base legal para el desarrollo lógico del precepto requerido que regula el caso. Entre nosotros -dice- la legislación no ha podido ser completa, limitándose a proveer disposiciones definitivas y detalladas para situaciones de hecho igualmente definidas y detalladas”*²⁰.

En las palabras preliminares, como se ha dicho, aspiran a ser apenas un esfuerzo de superación de las dificultades del método. Hemos tomado un pequeño sector del mundo jurídico y hemos tratado de contemplar, en grandes planos y sin entrar en detalles de estilo, el fenómeno de la tutela constitucional del proceso.

Pero persistentemente esa tutela constitucional ha tenido como esencia de estudio la garantía de imparcialidad,

como fin de todos los actos procesales. Más que un ensayo o una contribución científica, cuanto precede aspira a señalar cómo podría ser un ensayo sobre un tema particular, encarado con la visión unitaria de estas “dos maneras de pensar” la búsqueda de la justicia, aquella que sólo enfoca su análisis desde la perspectiva normativa sin su anclaje en otras dimensiones del derecho y aquella que tiene una visión global del proceso en todas las dimensiones del derechos.

VIII. La garantía de imparcialidad

Una de las dificultades más notables que se presenta hoy en el ámbito del procedimiento argentino y en materia probatoria es el cumplimiento constitucional del principio de imparcialidad, dado que ello encuentra serios obstáculos en su concreción en el actual esquema jurídico institucional y la natural resistencia al cambio que a veces presentamos los operadores del derecho.

Piénsese que si el juez controla que en las medidas investigativas se cumplan las garantías mínimas que le asisten al imputado, su participación como tercero imparcial ante las fuerzas de acusación y defensa debe ser resguardada, aun cuando no exista en el ánimo del magistrado voluntad alguna de parcialidad. *“A esta corriente le damos el nombre de garantismo o garantista y de ahí la explicación del Derecho Procesal Garantista que tiene un montón de cosas por delante. Hoy hemos hablado, el tema central del congreso es el papel del juez en un proceso de corte garantista. Y hemos puesto aquí arriba dos cosas de la mayor importancia: ‘el garantismo y la congruencia’, ‘El garantismo y la cautela’. Esto no es una cosa técnica, si el tercero sí o no es una cosa técnica; si preclusión sí o preclusión no es una cosa técnica; pero si el juez puede sí o no, eso no es técnico, es puramente político, es la ideología política del legislador que está*

²⁰ Tumey v. Ohio, 273 U. S. 510, 523, 531 (1927).

plasmando una norma jurídica. Y esto es lo que yo quiero discutir, y la ideología es buena, si no es Autoritarismo, si esto es el Liberalismo que me prometieron en nuestra Constitución o es el decadente Autoritarismo fascista del año 40. Una vez he preguntado que es más importante, el método o la meta, y me contestan la meta; les digo: cuanto horror se hubiera ahorrado la humanidad si Hitler no hubiera pensado como ustedes. Haciendo un juego de palabras decimos ‘el fin justifica los medios’, modificando la figura Maquiavélica”²¹.

IX. La jurisprudencia nacional y la garantía de imparcialidad

Creemos que ciertos sectores de la doctrina judicial argentina no han entendido la garantía de imparcialidad de los jueces de la misma manera que la jurisprudencia internacional.

Muestra de ello son fallos de los más variados fueros e instancias²² donde -en apretada síntesis- se señala que la circunstancia de que un juez dicte un auto de procesamiento no lo convierte de manera inmediata, al punto o al extremo tal que le impida dictar sentencia definitiva. Se señalaba que los argumentos que llevaban a pensar que la imparcialidad de un magistrado se vería afectada por haber actuado durante la instrucción se apoyan en enfoques conjeturables que carecen de un asidero firme en la realidad, pues parten de la hipótesis equivocada de “... que los jueces que investigan las causas necesariamente carecen de la imparcialidad requerida para juzgar a los actores, y el sinnúmero de resoluciones judiciales que a diario se dictan en los juzgados y constituyen un rotundo mentís a tal conclusión”²³.

IX. Conclusiones

La garantía de imparcialidad del juez o tribunal no es algo que puede dejarse

de lado ante el respeto estricto de ley procesal a nivel provincial y en especial en materia probatoria.

La dimensión moral de la ley requiere un trato y consideración igual para todos. El derecho presupone siempre la existencia de respuestas “correctas”. Aplicar el derecho e impartir justicia es siempre concretar en respuestas correctas los derechos y los deberes de cada uno.

Los magistrados judiciales deben utilizar sus potestades para esclarecer la verdad de los hechos que, debidamente alegados, se encuentren controvertidos.

Si la ley procesal priva de la posibilidad de accionar, de defenderse, de producir prueba, de alegar, de impugnar la sentencia, de ser juzgado por jueces idóneos, en términos no razonables, es inconstitucional. Debe, entonces, ser invalidada como tal, dentro de los términos que instituya el derecho positivo para anular el efecto de las leyes violatorias de la Constitución.

X. Bibliografía

- ALVARADO VELLOSO, A. “Imparcialidad Judicial”. En línea: http://www.el-dial.com/publicador/doctrina/doctrina.asp?archivo=DCB96.html&pie=DCB96&titulo=La%20imparcialidad%20judicial#_ftn3
- ALVARADO VELLOSO, A. “El garantismo procesal”. En línea: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/19/54>
- COUTURE, E. “Fundamentos de derecho procesal civil”. Ed. Aniceto López, 1942
- CARNELUTTI, “La prueba civil”, Ed. Depalma. Bs.As. 1970
- CALAMANDREI, P. “Derecho procesal civil”. Ed. Ejea. Bs.As.
- CARNELUTTI, “Impresiones sobre el Segundo Congreso de Derecho Procesal argentino”, en Rev. LA LEY, t.I.
- CAFFERATA NORES, José. “Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal” Editores del Puerto, Bs As, 1997.
- CAFFERATA NORES, José. “Garantías y Sistema Constitucional”, Revista de Derecho Penal, 2001-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina.
- DWORKIN, Ronald. “Los Derechos en Serio”. Ed. Ariel, Barcelona, España, 1984.
- FENOCHIETTO-ARAZI. “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado”. Ed. Astrea. Bs.As. 1998
- RUSSO, J.C. “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Misiones”. Ed. autor. Misiones. 2008
- SPINELLI, “Las pruebas civiles”, Ed. Ejea. 2005
- STEIN, “Das private Wissen des Richters”. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse. Aalen, 1987. Repr. 1893
- SENTIS MELENDO. “La prueba”, Ed. Ejea. As As: Depalma, 1979

²¹ ALVARADO VELLOSO, A. “El garantismo procesal”. P.10. En línea: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/19/54>

²² Causas: “Lopina Magdalena, Fernando”. Sala 3ª de la Cámara Nacional de Casación Penal (JA, 2000 - III - 102); “Schweizer de González” Sala 2ª de la misma Cámara (JA, 2000 - III - 100); “Expte. N° 507/99” Sala 4ª de la Cámara de Apelaciones de Rosario, Santa Fe (JA, 1999 - IV - 1139); “Expte. 91.850” Tribunal Oral Penal Económico N° 1 (LL, 1993 - E - 566) y demás jurisprudencia citada en el considerando II de este último, a donde remitimos.

²³ “Expte. N° 507/99”, Sala 4ª, Cámara de Apelaciones de Rosario, Santa Fe (JA, 1999-IV-1139).

El Proceso Abreviado Laboral en el marco del nuevo Código de Procedimiento de la Provincia de Misiones

Un salto a la celeridad procesal

Dr. Silvio Marcial Amarilla, Abogado (UCSF), Profesor en Ciencias Jurídicas, Políticas y Social, Maestrando en Magistratura Judicial (UBA), integrante de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Reforma del Código de Procedimiento en lo Laboral de la Provincia de Misiones, Secretario del Juzgado Laboral N° 4 de la ciudad de Posadas-Mnes., Docente de la cátedra de Derecho Laboral y de la Seguridad Social del Instituto Universitario Gastón Dachary.

I. Introducción

En el marco de la reforma integral de los Códigos de Procedimientos en la Provincia de Misiones, se constituyeron en el seno de la Cámara de Representantes, sendas comisiones de trabajo que se abocaron al estudio y la formulación de los anteproyectos de ley, entre ellos, del Laboral, cuya vigencia databa del año 1991.

La Comisión reunió a legisladores, jueces, funcionarios judiciales e incluso participó en forma personal el Sr. Ministro de Trabajo y Empleo, conjuntamente con sus colaboradores y naturalmente el Colegio de Abogados tuvo una activa participación, de cuya proficua labor ha dado lugar el advenimiento del nuevo Código de Procedimiento en lo Laboral, individualizado como Ley XIII N° 2 del Digesto Jurídico de la Provincia de Misiones, cuya sanción se produjo en fecha 10/10/2013, con inicio de vigencia a partir del 01/03/2014.

La reforma tuvo como antecedentes el derogado CPL, cuya estructura respetó -en gran medida- la doctrina y la jurisprudencia nacional y provincial elaborada durante los más de veinte años de vigencia de la anterior norma ritual. Tuvo en cuenta además, los distintos ordenamientos procesales vigentes en las demás provincias argentinas y muy especialmente el CPL santafesino, que a la fecha de la elaboración del anteproyecto, era el más moderno y novedoso y lógicamente pretendió agccionarse a

los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, incorporados por la Reforma Constitucional del año 1994.

La reforma estuvo inspirada fundamentalmente en los principios procesales de celeridad e inmediatez, de manera que la justicia de este fuero es-

posibilidad de reclamo de sus derechos, en vista de lo cual se diseñó el proceso de baja cuantía, atribuyendo competencia en su conocimiento a los Juzgados de Paz.

Recaudos de Procedencia

El derogado código se había estructurado básicamente sobre el pilar de un único proceso de conocimiento ordinario, que no contemplaba matices particulares o cauces formales para una pronta solución del conflicto, aún en la hipótesis en que el derecho reclamado tuviese una alta u ostensible probabilidad en cuanto a su existencia, sujetaba a las partes a su promoción y recorrido, especialmente al trabajador a transitar por todas las etapas del típico proceso de conocimiento: demanda, contestación, segundo traslado al actor, audiencia de conciliación, etapa probatoria, alegatos y sentencia, lo que lentificaba y prolongaba el camino a recorrer.

Naturalmente dicho proceso parte de la base de que el derecho postulado en el acto introductorio de instancia debía probarse, aún en el caso de ser verosímil o estar dotado de una fuerte probabilidad, debiendo articularse dicho proceso declarativo y de tipo único previsto por la ley ritual, sin perjuicio de declarar la cuestión de puro derecho, lo que pocas veces era solicitado o declarado procedente.

En esta oportunidad el nuevo CPL ha

La reforma del Código de Procedimiento Laboral de la Provincia de Misiones se encuentra consustanciada con la necesidad de un servicio de justicia pro-activo, que empatee con las personas involucradas en el proceso.

especializado sea expedita y cercana a los intereses de los justiciables, especialmente el trabajador sujeto de preferente tutela constitucional¹, estando plasmados a modo ejemplificativo en la audiencia de conciliación y trámite antedichos principios, el régimen de notificaciones, el pago en audiencia etc. Y el acceso real y efectivo a la jurisdicción por parte de sectores más vulnerables, ya que muchas veces, las distancias entre el domicilio de éste y la radicación del juzgado, torna onerosa la

¹ CSJN, 21-9-2004, in re "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA", sostuvo: "...el art. 14 bis de la Constitución Nacional no ha tenido otra finalidad que hacer de todo hombre y mujer trabajadores, sujetos de preferente tutela constitucional" (L.L. 2004-F-95).

regulado separadamente el proceso ordinario, del abreviado laboral (especial), a partir del art. 202 en adelante, siguiendo parcialmente el modelo santafesino instaurado mediante la Ley 7.945; parte de una premisa mayor diferente, esto es, el derecho reclamado por el peticionante goza de un alto grado de probabilidad², lo que da lugar al despacho de la orden judicial de cumplimiento de la prestación pendiente objeto del juicio, lo que se traduce en una intimación a la demandada para que deposite a la orden del juzgado y como perteneciente a la carátula del juicio la suma de dinero (capital, más intereses) reclamada en la demanda.

El juez toma partido por la posición sustentada por el actor, dejando de lado su tradicional neutralidad³, ya que otorga una credibilidad cercana a la certeza al planteo efectuado, esto indudablemente constituye un salto cuantitativo, audaz y revolucionario por parte de la novel legislación, ya que viene a cambiar de base la estructura del proceso, tal como lo conocemos; no obstante ello, el demandado tiene garantizado dentro de dicho marco el ejercicio de defensa en juicio, ya que simultáneamente a la intimación se corre traslado de la demanda por el término de diez días, pudiendo en dicho responde oponerse a la procedencia del trámite abreviado, con exposición fundada de las razones que tiene para ello y coetáneamente oponer las excepciones autorizadas por la norma ritual prevista en el art. 208 incisos a), b), c) y d) del CPL.

Dicho traslado se efectúa bajo apercibimiento de que en caso de silencio o ante la falta de oposición idónea, produce los efectos de consolidar la resolución notificada, la que pasa en tal caso en autoridad de cosa juzgada material (art. 206 del CPL), ergo, la incontestación de la demanda, el silencio procesal, la respuestas evasivas, la ausencia de

una verdadera oposición al trámite, evidenciadas en el responde autorizan que la resolución notificada, que es la primera dictada en el proceso (de ahí la importancia de este trámite) adquiera la calidad de irrevocable o inconvencible, consolidando un verdadero derecho de propiedad del trabajador. De ahí que en los pocos casos planteados judicialmente, desde la vigencia de la nueva norma ritual (01/03/2014), han tenido un desenlace casi inmediato, ya que notificado el demandado presentó un convenio de pago o se allanó, lo que muestra por sí sólo la rapidez de la respuesta que el servicio de justicia puede brindar por este cauce formal al justiciable.

Los recaudos de procedencia del juicio laboral abreviado son los siguientes:

a) **Está reservado para aquellos supuestos en que se reclamen sumas de dinero líquidas o fácilmente liquidables por simples operaciones contables**, es decir, obligaciones de las establecidas por el Código Civil en los términos del art. 616 y siguientes. En el ámbito del derecho laboral, en que las indemnizaciones son esencialmente tarifadas, en la que la base del cálculo tiene como parámetro la mejor remuneración mensual, normal y habitual y la antigüedad, la estimación de la liquidación por el trabajador o por el juzgador se limitan a la realización de una simple operación matemática, para lo cual, incluso el juzgador se encuentra facultado para aplicar oficiosamente los convenios colectivos de trabajo y las escalas o tarifas de salarios, para lo cual debe contar actualizado en secretaría con dichos recaudos o los puede bajar de los sitios web de los organismos o entidades pertinentes (art. 91 del CPL), lo que facilita la tarea de quien debe dirimir el caso, ya

La reforma puso énfasis en la necesidad de que en los juicios por accidentes o enfermedades profesionales o derivados de una reparación integral, se produzca la prueba pericial médica, para lo cual el juez tiene un menú de opciones.

² FALCON, Enrique, "Derecho Procesal". Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, t. I, p. 481, citado por MACHADO, José Daniel (Director) y AAVV. "Código Procesal Laboral de la Provincia de Santa Fe comentado", t. III, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011., p. 103: "Las diferencias se vinculan con distintos niveles de evidencia ya que 'verosímil' equivale a creíble o a posible y 'probable' vendría a ser, dentro del menú de alternativas posibles, la que cuenta con más chances de corresponderse con la verdad material...".

³ MACHADO, J. (Director) y AAVV. Ob. cit., p. 97: "...como analizamos en otra parte, el postulado de la neutralidad encierra una ficción -si no una trampa- ya que en el fondo parte de darle la razón liminar al demandado en tanto carga la totalidad del despliegue procesal en cabeza del acreedor, incluso ante la evidencia estadística -y de sentido común- de que en la abrumadora mayoría de los casos le asiste la razón sustantiva".

“... El Superior Tribunal de Justicia debe garantizar por sí o por terceros la prestación de la pericia, cualquiera sea la especialidad, dictándose la acordada pertinente”.

que en la era de la comunicación y de la información se dispone con dichos datos de manera sencilla y directa, por la simple consulta en internet.

Empero, la norma no exime al actor a practicar la liquidación correspondiente; al respecto el art. 205 del CPL, estatuye expresamente que debe cuantificarse el crédito de cada concepto reclamado, y suministrarse con detalle y precisión las bases utilizadas para las operaciones contables realizadas; en rigor, muchas veces, los profesionales al practicar la liquidación, acompañan con su demanda la escala salarial correspondiente, lo que viene a dar razones serias y objetivas a la base salarial adoptada para los cálculos efectuados.

Asimismo el artículo 208 in fine del CPL, establece que *“las cuestiones puramente aritméticas relativas a la cuantificación del crédito no autorizan a oponer excepciones y dejan expedita la vía de ejecución de sentencia...”*; si bien esta norma está en clave con el tipo de proceso breve y rápido que se pretende brindar a los justiciables, no es menos cierto que la propia norma ritual en el art. 164 establece el contenido de la sentencia definitiva, bajo pena de nulidad, *en caso de condena, debe contener también la liquidación de los montos*; entonces es deseable y exigible la condena en sentencia de sumas líquidas, estableciendo los rubros que prosperan con sus respectivos guarismos, para no exponer el pronunciamiento a ulteriores planteos dilatorios o nulificatorios; los principios de economía y celeridad procesal insito en este tipo de proceso especial, no permiten al juzgador diferir o patear para adelante, en una tarea que le es propia y exclusiva, de lo contrario, la voluntad del legislador quedaría en

una simple expresión de deseo y desbaratada la finalidad del proceso ágil y breve que otorgue una solución en tiempo real más cercana a las necesidades de los trabajadores⁴.

b) Pueden utilizar esta vía procesal el trabajador o un grupo de trabajadores, ya se trate de un conflicto individual o plurindividual derivado del contrato de trabajo; no pudiendo utilizar este trámite el empleador, ya que los derechos que se pretenden hacer valer tienen como titular, en calidad de sujeto procesal activo, al trabajador dependiente como pretensor de un crédito líquido o fácilmente liquidable.

Puede pensar por vía de hipótesis que el empleador puede considerarse titular de un crédito respecto del trabajador, tal como es el caso, de perseguir la indemnización de daños prevista por el art. 87 de la LCT, para cuya procedencia carga con la prueba de la culpa grave o el comportamiento doloso del dependiente, lo cual implica un mayor debate y prueba, lo cual no puede ser ventilado dentro del reducido marco del juicio abreviado, máxime cuando difícilmente pueda configurarse el recaudo de la alta probabilidad del evento dañoso atribuido al trabajador, razón por la cual no resulta un cauce formal adecuado para dicho proceso, por tanto, habrá de recurrirse al juicio ordinario laboral previsto por el art. 76 del CPL y siguientes.

c) Se invocan pretensiones que toman innecesario cualquier debate causal o de derecho en torno a la procedencia del crédito, estamos en presencia de un proceso en que la pretensión tiene una alta fehaciencia en cuanto a su existencia, donde no existe una controversia en torno a los hechos, ni el derecho aplicable, estamos ante situaciones fácticas en que el ordenamiento jurídico otorga una solución específica, donde la parte debe cumplir la prestación pendiente y en su caso, ante el incumplimiento el juez debe aplicar la norma objetiva.

⁴ El art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reza: “ Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Existe aquí una adecuación armónica entre los hechos consumados con la descripción realizada por la norma sustancial, en cuanto, refiere a conductas típicas que contienen una solución concreta, para lo cual, no se requiere alegaciones fácticas complejas, ni tampoco se requiere un amplio debate y prueba de los mismos, ni resulta necesario efectuar excelsas o refinadas valoraciones jurídicas de parte del juez.

Como podrá apreciarse estamos en presencia de un tipo de proceso sencillo, donde no se discuten la causa pretendi⁵, ni tampoco la norma aplicable. Ello, sin perjuicio de que el empleador tiene dentro de dicho marco el ejercicio de su derecho de defensa, pudiendo alegar eventos que tornan inviable la pretensión, como por ejemplo: el pago, la prescripción de la acción, la retractación del despido, etc.

d) Se acompañan documentos que en principio autorizan a tener por ciertas las circunstancias de hechos de las que dependen la existencia y cuantificación del crédito. Es importante reseñar en este punto que la norma procesal no ha cargado sobre las espaldas del trabajador la prueba de la autenticidad del documento, ya que a los fines de la admisibilidad del trámite, basta con la mera atribución del documento a la contraparte o en el caso de tratarse de documentos públicos o privados emanados de terceros, basta con que se identifique a su autor o en su caso el fedatario u oficina en la que puedan recaerse dichos recaudos.

En muchos de los casos, los instrumentos presentados a juicio por parte del trabajador tienen como autor al empleador, tal es el caso de los recibos de haberes, comunicaciones postales, reglamento interno etc., en caso de negativa de su autenticidad habrá de recurrirse a la pericial caligráfica y en el supuesto de desconocerse el despacho o recepción de las comunicaciones pos-

tales habrá de oficiarse a la oficina postal correspondiente, a fin de la demostración de la veracidad de tales instrumentos.

En este punto la norma ritual sanciona como temeraria y maliciosa, punible con la máxima sanción prevista en las normas de fondo y de forma, la conducta del demandado que niega injustificadamente su firma en los documentos atribuidos o niega el envío o la recepción de las comunicaciones postales, debiendo en tal caso el juez aplicar la pena a pedido de parte (art. 212 del CPL), pretendiéndose con ello que las partes tengan comportamiento ajustado a los principios moralizadores del proceso, como la buena fe, la lealtad y la probidad.

e) No se encuentre controvertida la existencia de la relación laboral; este es un presupuesto procesal que limita los casos que pueden tramitarse a través de esta vía; de modo que si la relación laboral se encuentra en una situación de clandestinidad total, el trabajador deberá recurrir por la vía del proceso ordinario laboral (art. 76 del CPL).

Este recaudo otorga al juez, indudablemente, certeza de que quien reclama es el pretensor laboral legitimado por la norma sustancial, ya que tiene su basamento en una relación de trabajo dependiente, conforme a la norma de fondo (arts. 21 de la LCT). Recuérdese en este punto, que el contralor de la legitimación procesal, debe realizar el juez no tan sólo ante el pedido de la contraparte, sino también oficiosamente.

Regla de no exclusión en protección del principio de irrenunciabilidad

Es importante destacar que el establecimiento de la regla de no exclusión sentada por el art. 203 del CPL, por

Sin perjuicio de la limitación de las pruebas admisibles, la norma procesal no ha atado las manos del juez, quien en la búsqueda de la solución más justa puede y debe producir aquella prueba que entienda resulta necesaria para desentrañar la litis.

⁵ MACHADO, J. Ob. cit, p. 101, "La llamada causa pretendi o fundamento de la pretensión se compone de dos elementos: el fáctico y el jurídico. Sólo cuando los hechos se acomodan al continente abstracto previsto por una norma jurídica que les imputa o asigna ciertas consecuencias, puede decir el actor que tiene un verdadero derecho subjetivo. La ley se refiere aquí específicamente al segundo aspecto".

cuanto la utilización de la vía del proceso laboral abreviado no implica renunciar a los mejores derechos de los que el trabajador resulte ser titular, por los mismos rubros o distintos rubros, ni es incompatible con el reclamo por el trámite del juicio ordinario posterior⁶, lo que se encuentra en consonancia con la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador sentado por los art. 12, 58, 260 y conc. de la LCT. Un ejemplo podría clarificar la cuestión, un trabajador es despedido sin causa estando deficientemente registrado, por la vía del abreviado articulará su reclamo por los derechos emanados de la relación laboral defectuosamente registrada (indemnización de los arts. 232, 233 y 245 de la LCT y rubros de pago obligatorios: SAC y vacaciones proporcionales, salarios de los días del mes trabajados) y recurrir por la vía del ordinario para reclamar los mayores derechos emanados desde la verdadera fecha de ingreso, la remuneración efectivamente abonada, el encuadre convencional correspondiente y lógicamente solicitar el pago de las diferencias salariales e indemnizatorias derivadas del despido con sustento en la situación fáctica y convencional verídica, reclamando además el abono de las indemnizaciones de los arts. 9 y 10 de la LNE o en su caso del art. 1 de la Ley 25.323, teniendo en cuenta que todo pago efectuado al trabajador se considera a cuenta de lo que por derecho corresponde (art. 260 de la LCT).

Es importante destacar que utilizadas ambas vías entiende el mismo juez que aquí se aplica el principio de prevención y de economía procesal; es más, al estar en vigencia la mesa de entradas única informatizada, toda controversia entre un mismo trabajador y un mismo em-

pleador, aunque la causa sea diferente, radica ante un mismo juez, el que naturalmente está en mejores condiciones para decidir la controversia, por cuanto, ante él se encuentra el expediente anterior, que seguramente será ofrecido como prueba, eliminándose la duplicación o reproducción innecesaria de elementos probatorios; además al tratarse de un mismo contrato de trabajo, el juez

El siglo XXI, es el tiempo de los jueces, pero no de cualquier juez, sino de aquel, que vea en su concudano a alguien que sufre y clama por justicia y que se compromete a ser el camino de solución rápida y efectiva del conflicto que se lo plantea ante sus estrados, no en vano, el término sentencia etimológicamente significa sentir.

ya tiene cierto conocimiento sobre los contendientes, lo que posibilita una más rápida solución del caso, ya sea por la vía de la conciliación o por el pronunciamiento definitivo, en el supuesto de articularse el proceso ordinario, al que se agregará por cuerda el iniciado primigeniamente.

Supuestos contemplados

El art. 204 del CPL establece una enumeración enunciativa, no taxativa de los casos en que corresponde se imprima el trámite del juicio abreviado laboral, dado que para el legislador son de imposible previsión todos los supuestos que pueden dar lugar a este tipo de proceso es-

pecial, siendo suficiente con que se configuren los extremos previstos en el art. 202 del CPL -supra analizados para tornar procedente la utilización de esta vía procesal-; no obstante, se ha querido en aquellos casos de suficiente claridad, incluirlos en un listado abierto con la intencionalidad de que la tarea judicial sea lo más expeditiva posible, por cuanto estamos en presencia de créditos de indudable naturaleza alimentaria y el trabajador pretende efectivizarla de manera inmediata o en el plazo más breve posible.

La casuística establecida a modo ejemplificativo por el legislador son los siguientes casos:

a) Despido sin invocación de causa. En este caso resulta de toda nitidez el deber de pagar las indemnizaciones por despido por parte del empleador que ha resuelto terminar la relación sin alegar causa alguna que justifique su proceder, ya que estamos ante el caso denominado por la doctrina como despido incausado, ad nutum o arbitrario, ante el cual procede la reparación prevista por el art. 245 de la LCT y si no fuera otorgado el preaviso, deberá también obllarse dicho rubro. Aquí no existen hechos ni derechos controvertidos, la tarea del juez se circunscribe a aplicar la ley al caso.

b) Despidos en que se viola de modo evidente la carga de suficiente claridad o resulta manifiestamente inconsistente con la configuración legal de injuria. En estos supuestos el principal dispone de manera directa la resolución contractual omitiendo invocar claramente los hechos fundantes de la ruptura del contrato de trabajo, impuesta por la norma del art. 243 de la LCT o lo hace de manera genérica o cuando se invocan eventos que contrastados con lo dispuesto por el art. 242 de la LCT, son insusceptibles de ser

⁶ MACHADO, J., Ob. cit., p. 104. "...En segundo lugar, se aclara que no hay inconsistencia ni posibilidad de deducir litispendencia en uno u otro juicio (entiéndase: el abreviado y el ordinario) aunque concurra la triple identidad a partir de la cual se configura dicha excepción. El trabajador puede intentar la vía abreviada y, simultáneamente, iniciar un trámite ordinario que tenga por objeto total o que incluya como objeto parcial el crédito demandado en aquella. En tercer lugar, si por cualquier razón se frustrare el trámite especial, puede ser propuesta luego la misma pretensión en trámite ordinario, sin que pueda oponerse la cosa juzgada material". El art. 211 del CPL de la Provincia de Misiones preceptúa: "Sentencia. Recursos. Oídas las partes y diligenciada las pruebas pertinentes, el Juez debe dictar sentencia dentro del plazo de quince (15) días admitiendo o rechazando la excepción. Si se hace lugar a la excepción, la sentencia es inapelable para el actor, pero se considera que hace cosa juzgada meramente formal y no impide la promoción o continuación del trámite ordinario por los mismos rubros. La prueba producida con control de partes en este proceso puede trasladarse al juicio ordinario...".

subsumidos dentro de la calificación de injurias graves⁷.

Estos supuestos podríamos ejemplificarlos con los casos que fueran enunciados por el Dr. Grisolia, en su obra Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cuando se invocan causales genéricas, vagas o ambiguas, sin alusión específica a hechos puntuales, por ejemplo: *"a partir del día de la fecha prescindiremos de sus servicios por reestructuración de la empresa"*; o *"le comunicamos el despido por injurias graves o reiterados incumplimientos"*; lo que importa una vastedad de hechos que pueden ser interpretados e invocados en el juicio posterior de la manera más acomodaticia a los intereses del que dispuso la ruptura del contrato, con grave agravio al derecho constitucional de defensa en juicio, lo que no resulta admisible en virtud del principio de la invariabilidad de la causal de despido estatuida por el art. 243 de la LCT⁸.

Difícilmente el trabajador podría articular una defensa seria y fundada, por la indeterminación de los hechos motivantes de la denuncia, exponiéndose a una situación de azar, ya que el demandado en el responde podría sostener una gran variedad de eventos⁹, que haría tabla rasa a cualquier defensa que se hiciera, al poder variar o acomodar los hechos, a la posición que mejor consulte sus intereses, lo que no resulta válido y autoriza a que se imprima el trámite especial, aquí en análisis.

c) Despido indirecto por falta de pago de haberes, previamente intimados. Va de suyo que el incumplimiento contractual debe ser grave, difícilmente pueda admitirse como tal la mora en el pago de un

mes de sueldo, ya que las partes en aras del principio de la continuidad del vínculo, deben tratar de mantener la relación y su quiebre solamente sería procedente cuando la falta del empleador sea de una entidad bastante que desplace del primer plano el principio de conservación del empleo previsto en el art. 10 de la LCT.

En aras de la buena fe contractual exi-

Quien imparte justicia debe sentir y hacerse cargo del dolor, del reclamo, de la necesidad del otro; en dicha inteligencia, la reforma pretende operar, pero sin ser excesivamente voluntarista; el cambio solamente es posible si todos los operadores del sistema, cambiamos nuestras prácticas y hábitos, en la búsqueda colectiva de la dignificación de la persona humana.

gible en virtud de los arts. 62 y 63 de la LCT, si bien la mora en el derecho laboral se produce en forma automática (arts. 128, 137, 255 bis de la LCT) el acreedor laboral debe interpelar previamente en forma fehaciente al deudor, dando la posibilidad cierta de que este pueda reparar el daño irrogado y solamente en caso de persistencia de la conducta de incumplimiento, se podría encuadrar dicho proceder como una injuria impediendo de la prosecución de la relación y por exclusiva responsabilidad del dador de trabajo. Cabe recordar que si bien la mora es automática, la injuria no se configura del

mismo modo, sino previa interpelación y transcurrido un plazo razonable para el cumplimiento de la prestación objeto de reclamo, que en el derecho del trabajo como mínimo es de dos días hábiles (art. 57 de la LCT).

Para la admisibilidad del proceso resulta menester acompañar el recibo de pago de los meses anteriores abonados y adjuntar las comunicaciones postales, mediante el cual se interpelló al empleador el abono de los créditos pendientes de cumplimiento contractual.

d) El pago de la indemnización acordada por la ley en los demás supuestos de extinción del contrato de trabajo que sólo depende de la verificación objetiva de un hecho, siempre que el mismo se documente con la demanda. En estos supuestos se encuentran contemplados aquellos despidos originados por causas ajenas a la voluntad del empleador, como el caso de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo (arts. 247 de la LCT) o el despido del trabajador afectado por una enfermedad inculpa que le genera incapacidad laboral parcial, ante lo cual el empleador carece de un puesto acorde a dicha capacidad residual, obliga al pago de la indemnización reducida (art. 212 de la LCT) o la finalización del contrato de plazo fijo por expiración del término, cuya duración no haya sido inferior a un año (arts. 95 y 250 de la LCT).

En estos supuestos, el hecho objetivo alegado queda plasmado en la comunicación rescisoria del vínculo y habilita al trabajador ante la falta de pago luego de transcurrido el término establecido por el art. 255 bis de la LCT, a recurrir a la instancia judicial, en cuya ocasión puede valerse de este trámite breve y expedito.

⁷ ETALA, Carlos Alberto. "Contrato de Trabajo", t. 2, 7ma. Edic. Astrea, Bs. As., 2011, p. 253, "No cualquier incumplimiento contractual configura una injuria en el sentido del artículo. Debe tratarse de una inobservancia que 'por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación. La parte injurianta debe haber excedido, en su conducta frente a la otra, por su hacer o por su omisión, de lo que puede considerarse como tolerable, y el exceso debe haber sido tal que no consienta la continuación de la relación, ni siquiera provisionalmente...". "No todo acto de incumplimiento constituye causa de denuncia del contrato de trabajo sino sólo aquél que pueda configurar injuria y, para ser tal, tiene que asumir magnitud suficiente para el desplazamiento del principio de 'conservación del contrato' que consagra el art. 10 de la LCT" (CNTrab, Sala I, 25/11/98, DT, 1999-B-1805).

⁸ "La exigencia del art. 243 de la LCT no tiene un fin en sí mismo, sino que el ratio legis no es otra que evitar la indefensión del trabajador, por desconocimiento de las causas en que el despido puede fundarse" (CNTrab, Sala I, 31/3/93, DT, 1994-A-37).

⁹ "El despido es injustificado si no se ha individualizado correctamente en qué se funda la ruptura de la voluntad del contrato, recurriéndose a una fórmula ambigua que le permite a la demandada cambiar con posterioridad a los hechos según su criterio, en violación de lo dispuesto por el art. 243 de la LCT (CNTrab., Sala I, 31/5/99, DT 1999, N° 8, p. 2281).

La reforma estuvo inspirada fundamentalmente en los principios procesales de celeridad e inmediatez, de manera que la justicia de este fuero especializado sea expedita y cercana a los intereses de los justiciables, especialmente el trabajador sujeto de preferente tutela constitucional.

e) Pago de salarios en mora. Cuando con la demanda se acompañan copias de recibos de períodos anteriores u otros instrumentos de los que se desprende verosímilmente que la relación laboral se encontraba vigente al momento en que se afirman devengados. En este caso, resulta fundamental el acompañamiento no sólo de los recibos de haberes anteriores al reclamo, sino que se adjunten las copias de los telegramas o comunicaciones postales, a fin de verificar el cumplimiento de la interpelación fehaciente y la persistencia del obrar moroso de la patronal. Es interesante este supuesto, por cuanto el trabajador sin necesidad de resolver el vínculo, persigue el cobro de su crédito por medio de una vía procesal idónea, acorde a las necesidades del reclamante, cuyo crédito alimentario exige una respuesta jurisdiccional con la máxima prontitud.

g) Pago de las indemnizaciones en caso de muerte del trabajador o del empleador previsto por el art. 248 ó 249 de la LCT. En el caso del óbito del trabajador, resulta a toda luces un hecho que produce de pleno derecho la terminación definitiva del contrato de trabajo, en vista al carácter personal e infungible de la prestación ejecutada por el trabajador (art. 37 de la LCT), derivándose de tal evento el cobro de las indemnización reducida prevista en la norma sustancial (art. 247 de la LCT), de modo, que los causahabientes por medio de un juicio breve y sencillo podrán obtener el reconocimiento de su derecho, para su ulterior efectivización, por medio de la ejecución de sentencia, en caso de ausencia de pago voluntario.

En este supuesto se debe acompañar el certificado de defunción, las partidas de matrimonio y de nacimiento, para acreditar la legitimación activa de los

actores. Tratándose la reclamante de quien estuviera en vida unida en aparente matrimonio con el trabajador (art. 248 de la LCT), puede previamente o coetáneamente a la promoción del proceso especial, iniciar una información sumaria y acompañarla antes del dictado de la sentencia, para demostrar su calidad de titular del crédito en los términos de la norma sustancial.

Destacamos que la doctrina y la jurisprudencia en forma unánime sostienen que solamente resulta exigible cuando se reclama el resarcimiento del art. 248 de la LCT la acreditación del vínculo de parte de los causahabientes al no tratarse de un derecho hereditario, resultando innecesario e improcedente requerir la apertura del juicio sucesorio¹⁰.

El restante supuesto, el caso de la muerte del empleador, en caso que la empresa o el emprendimiento no se lleva adelante por los herederos, por ser preponderante el oficio, profesión o condiciones personales del dador de trabajo, genera el pago inmediato del resarcimiento reducido establecido por el art. 247 de la LCT, de modo que el trabajador, puede ocurrir a este trámite, a los mismos fines establecido supra.

f) Pago del fondo de cese laboral por falta de aportes al régimen de la industria de la construcción. Este supuesto es claro, cesado el trabajador de la industria de la construcción y ante la falta de entrega de la libreta de cese con los aportes correspondientes, el empleador responde directamente ante el trabajador por los aportes que debió ingresar durante la vigencia del contrato de trabajo (art. 18 de la Ley 22.250), quien podrá interponer la acción para que se declare el derecho y la cuantía de sus acreencias, ante la conducta omisiva y reprochable del empleador. A riesgo de ser reiterativo, resulta necesario acompañar los recibos de haberes y las comunicaciones postales para la admisibilidad del trámite abreviado.

¹⁰ ETALA, C. ob. cit, p. 335: "La jurisprudencia ha determinado que para percibir los créditos del trabajador fallecido, los causahabientes sólo requieren la acreditación del vínculo, por lo que no resulta necesaria al efecto de la apertura de la sucesión y, por consiguiente, tampoco la declaratoria de herederos".

g) **El supuesto de la indemnización por incapacidad absoluta e inculpable.** Se entiende verificada dicha circunstancia si se acompaña dictamen emitido por organismo público que acredita una incapacidad del sesenta y seis por ciento (66%) o más, en cuyo caso sólo cabe efectuar los cálculos para la determinación de los montos respectivos.

Es necesario precisar que para tornar admisible esta vía, es menester adjuntar con la demanda el dictamen médico proveniente de establecimientos públicos nacionales, provinciales o municipales, pretendiéndose con ello que el informe médico sea lo más objetivo posible, evitando las suspicacias que genera un certificado médico emitido por un médico particular⁴¹ y que carece en principio de la imparcialidad exigible para iniciar este tipo especial de proceso.

De la manera en que se encuentra redactada la norma procesal, sería factible el inicio de la demanda con un dictamen proveniente de las Comisiones Médicas que actúan para cuantificar el tipo y grado de incapacidad para el otorgamiento de las jubilaciones y pensiones o por la Ley 24.557, 26.773 para la determinación de la minusvalía en casos de enfermedades profesionales y accidentes de trabajo, las que habitualmente son cuestionadas, ya que en el procedimiento administrativo, tramita a instancia del trabajador, el empleador no es parte, ni tiene la posibilidad de controlar la prueba, como tampoco accede al expediente administrativo.

En aras de una interpretación amplia de la norma entendemos sería viable su inicio con dicho dictamen y de ser cuestionado o impugnado por la patronal, dentro del acotado margen de debate del proceso abreviado el juez tiene las facultades suficientes para producir

la prueba que resulta necesaria para desentrañar el litigio.

Si bien en el reducido marco de discusión del proceso laboral abreviado resulta admisible solamente la prueba documental, informativa y la pericial caligráfica, no cierra la posibilidad de producir otras al respecto, luego de enumerar los medios probatorios antes reseñados el art. 205, segundo párrafo del CPL, preceptúa: "...sin perjuicio de otras pruebas específicas que el juez considere pertinentes o necesarias acorde a las circunstancias particulares del caso..."⁴². Como puede apreciarse, sin perjuicio de la limitación de las pruebas admisibles, la norma procesal no ha atado las manos del juez, quien en la búsqueda de la solución más justa puede y debe producir aquella prueba que entienda resulta necesaria para desentrañar la litis, recordando que le es inherente a las partes y a la jurisdicción la búsqueda de la verdad material, sin dejarse esclavizar por las formas rituales, ya que las mismas están al servicio del derecho sustancial, contemplando el dinamismo propio de cada uno de los casos, en los que se debaten derechos de personas de carne y hueso, que aspiran y merecen una respuesta jurisdiccional adecuada y razonable.

Durante el tratamiento por comisión redactora, se planteó la dificultad que muchas veces tiene el trabajador en obtener un certificado o un dictamen médico de los establecimientos públicos, para poder iniciar el juicio, lo que en muchos casos resulta cierto; pero entendemos que el tipo de proceso de que se trata, exige la seriedad del planteo, lo que se reclama tiene que tener un

El derogado código se había estructurado básicamente sobre el pilar de un único proceso de conocimiento ordinario, que no contemplaba matices particulares o cauces formales para una pronta solución del conflicto.

⁴¹ MACHADO, J., ob. cit., p. 112: "...La Comisión Redactora utilizó dicha expresión con un propósito excluyente, para descartar que la actora pudiera valerse de certificados médicos particulares procurados por ella y en los que la objetividad e imparcialidad no pueden presumirse con el rango que requiere este procedimiento".

⁴² El art. 39 del CPL referido al impulso compartido, en su último apartado refiere: "El Juez puede hacer uso de todos los medios legales que son necesarias para impulsar y agilizar el trámite del proceso, salvaguardando el derecho de defensa de las partes". El art. 93 del CPL faculta al Juez a producir prueba de oficio, preceptúa al respecto: "En cualquier estado o instancia del proceso el Juez o Tribunal puede decretar de oficio las medidas de prueba que considera convenientes, guarden o no relación con las ofrecidas por las partes, salvo que tiendan a suplir las no producidas por la negligencia de éstas". El art. 97 del CPL, referido a la carga probatoria dinámica, reza: "A los fines de la aplicación de lo dispuesto en el art. 96, el juez debe tener en cuenta la disponibilidad probatoria que corresponda a cada parte en el litigio, teniendo en cuenta el deber de colaboración en la búsqueda de la verdad objetiva que les resulte inherente".

“El Superior Tribunal de Justicia debe garantizar por sí o por terceros la prestación de la pericia cualquiera sea la especialidad, dictándose la acordada pertinente”.

sustento fáctico en elementos ajenos a subjetividades variables, un mínimo de sostén técnico con un anclaje en la realidad es exigible al accionante que pretende un pronunciamiento judicial.

La reforma puso énfasis en la necesidad de que en los juicios por accidentes o enfermedades profesionales o derivados de una reparación integral, se produzca la prueba pericial médica, para lo cual el juez tiene un menú de opciones, a saber: peritos designados de oficio de la lista oficial confeccionada anualmente por el STJ, por el cuerpo médico de peritos judiciales (art. 229 del CPL, pendiente de puesta en funcionamiento), no obstante, la norma reiterando lo anteriormente dicho, preceptuó a modo conminatorio: “...*El Superior Tribunal de Justicia debe garantizar por sí o por terceros la prestación de la pericia cualquiera sea la especialidad, dictándose la acordada pertinente*”, otra alternativa, es la confección de la pericia por el Cuerpo Médico Forense, por los especialistas matriculados ante los Colegios respectivos o por los profesionales de la Administración Pública Nacional, provincial o municipal (art. 223 inc. e) CPL) y en el supuesto de imposibilidad de afrontar los gastos para los estudios complementarios solicitados por los peritos, por parte del trabajador que ofreció la prueba, los mismos deben ser realizados en el Hospital Público o en su defecto con los fondos provenientes del Fondo de Justicia se debe costear las erogaciones necesarias a tal fin (art. 223 inc. f)

CPL).

Estas normas procesales aplicables incluso, al juicio abreviado en que se debate la existencia de una incapacidad inculpable total, a la cual podrá recurrir el juez incluso oficiosamente (art. 93 del CPL) o por medio de una medida para mejor proveer (art. 161 de CPL) a los efectos de la producción de la prueba pericial, con el único límite de no salvar la negligencia probatoria de las partes, pero en la búsqueda de la verdad real, para arribar a un veredicto que se ajuste a la realidad sobre la cual habrá de operar.

Demanda. Su trámite

La demanda se plantea con los mismos recaudos a toda demanda, prescripta por el art. 76 del CPL, la novedad aquí radica en la limitación a los medios probatorios que pueden ser objeto de ofrecimiento, los que se limitan exclusivamente a la prueba documental, informativa o pericial caligráfica para comprobar la autenticidad del documento en caso de ser negada.

Recibida la demanda y si el juez decide imprimir el trámite del juicio laboral abreviado, como primer acto intima a la empleadora a que en el término de diez días cumpla con la prestación pendiente objeto de reclamo y coetáneamente en el mismo término corre traslado de la demanda¹³.

Ante la intimación cursada y el traslado corrido, la parte accionada puede asumir distintas actitudes¹⁴.

- Una de ellas puede ser la de **allanarse**; es decir, no discute la procedencia sustancial de los reclamos formulados por el actor. En tal caso debe proveerse el allanamiento y **si no va acompañado del pago**, queda expedita la ejecución forzada de la reso-

¹³ La providencia tipo del manual de gestión, elaborado por la Sra. Juez del Juzgado Laboral N° 3, de Posadas al respecto reza: “...*Resultando verosímil y altamente probable el derecho que esgrime el trabajador actor, el Juzgado RESUELVE: INTIMAR a la parte demanda, Sr., a que dentro del término de diez (10) día de notificado deposite en pago la suma reclamada en el monto de pesos:..... (\$)* en concepto de indemnización por (salarios debidos correspondientes a los meses de / fondo de desempleo, etc), con más los intereses que se calcularán desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago total conforme el promedio mensual de la tasa activa que fija el Banco de la Nación Argentina para las operaciones de descuentos de documentos comerciales, la que aparece publicada on line por el Poder Judicial de la Provincia de Corrientes en su página web oficial (www.juscorrientes.gov.ar/Biblioteca/tasasbancarias), los que se liquidan en la suma de pesos (\$.....), a fecha Todo bajo apercibimiento de ejecución forzada y de lo dispuesto por el art. 623 del Código Civil, en su texto ordenado por Ley 23.928. PREVIO a todo trámite y a tales fines ofíciase al Banco Macro SA para que proceda a abrir una cuenta de depósitos judiciales a nombre de este Juzgado y juicio de la carátula..”.

¹⁴ Las posibles posiciones de los demandados en el responde, han sido tomadas del Manual de Gestión, diseñadas por la Sra. Juez del Juzgado Laboral N° 3 de Posadas, Dra. Elisa Álvarez de Correa, quien ha sido además una de las redactoras del anteproyecto de Código de Procedimiento Laboral de la Provincia de Misiones.

lución dictada en los términos del art. 181 del CPL en la que solamente podrán discutirse aspectos aritméticos de la liquidación presentada por el actor.

- También puede **allanarse y proponer un plan de pago**, el que debe ser aceptado por el actor, el mismo no requiere de homologación judicial alguna, toda vez que su posterior incumplimiento opera la caducidad de los plazos pendientes y da derecho a la parte actora a ejecutar sin más trámite la totalidad del crédito o el saldo adeudado, debiendo procederse conforme lo dispuesto en el Artículo 43 in fine, si corresponde (pago a cuenta con imputación a planilla de liquidación que el actor debe presentar conjuntamente con la demanda de ejecución), de conformidad a lo previsto en el art. 207 CPL.

- La otra postura defensiva que puede asumir el demandado **oponerse al trámite abreviado dando los fundamentos que sustente la misma**, de cual debe darse un traslado por cinco (5) días al actor, previo a resolver. En caso de que el Juzgado rechace la oposición, si el accionado no opuso otras defensas, queda expedita la vía de la ejecución forzada.

- El demandado también **puede oponer las excepciones previstas en el art. 208 del CPL**, las que pueden ser rechazadas in limine por el Juez, o darle curso formal corriéndole un traslado al actor por cinco (5) días, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el último párrafo del art. 83 del CPL. Las excepciones pueden ser abiertas a prueba si mediare controversia sobre la autenticidad o la recepción de los documentos aportados. El plazo lo fija el Juez acorde a las circunstancias del caso. La sentencia que acepta o rechaza las excepciones debe ser dictada dentro de los 15 días.

- Otra alternativa, que no fue expuesta supra y que se vislumbra de las causas es la incontestación lisa y llana del

traslado conferido, situación esta que confiere autoridad de cosa juzgada material a la resolución del Juez, mediante la cual intimó al pago de la prestación reclamada.

La sentencia es únicamente apelable si rechaza las defensas opuestas y condena al demandado; si acoge las excepciones, el pronunciamiento es inapelable para el actor, quien dispone a su respecto la posibilidad de promover o continuar con el trámite ordinario por los mismos rubros.

Como corolario de todo lo expuesto, la reforma del Código de Procedimiento Laboral de la Provincia de Misiones se encuentra consustanciada con la necesidad de un servicio de justicia pro-activo, que empatice con las personas involucradas en el proceso, propendiendo a un compromiso social y profesional de los jueces a la hora de emitir sus pronunciamientos, sin abstraerse de las consecuencias que los mismos originan en la vidas de los ciudadanos, en las que impactan decididamente.

Como alguien lo dijo con justeza y asertividad, el siglo XXI, es el tiempo de los jueces, pero no de cualquier juez, sino de aquel, que vea en su conciudadano a alguien que sufre y clama por justicia y que se compromete a ser el camino de solución rápida y efectiva del conflicto que se lo plantea ante sus estrados, no en vano, el término sentencia etimológicamente significa sentir y quien imparte justicia debe sentir y hacerse cargo del dolor, del reclamo, de la necesidad del otro; en dicha inteligencia, la reforma pretende operar, pero sin ser excesivamente voluntarista, el cambio solamente es posible si todos los operadores del sistema, cambiamos nuestras prácticas y hábitos, en la búsqueda colectiva de la dignificación de la persona humana, que debe ser el eje, centro y fin de todas nuestros esfuerzos.

El siglo XXI es el tiempo de los jueces, pero no de cualquier juez, sino de aquel que vea en su conciudadano a alguien que sufre y clama por justicia y que se compromete a ser el camino de solución rápida y efectiva del conflicto que se plantea frente a sus estrados.

La Democracia y su ejercicio

El presupuesto participativo de la ciudad de Posadas como una oportunidad¹

Dr. Mariano Eugenio Antón, Abogado, Maestrando en Gestión Pública, Docente de Teoría del Estado Universidad Gastón Dachary, Docente de Derecho y Trabajo Social y de Derecho y Comunicación de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Misiones. Correo electrónico: mariano_anton@yahoo.com.ar.

SUMARIO: I. Introducción II. Marcos Normativos III. Normas materiales imperativas: límite de la *lex causae*. IV. Consecuencia: aplicación de la ley de policía del foro. V. Casos *iusprivatistas* multinacionales. VI. Identificación del tribunal aplicable VII. Derecho aplicable VIII. Conclusiones.

“No hay parámetro más exacto para medir el grado de sensatez y civilización de cada país que su ley de presupuesto. Nos dice si el país se halla en manos de explotadores o está regido por hombres de honor, si marcha a la barbarie o camina a su engrandecimiento, si sabe dónde está y hacia dónde va, o se encuentra a ciegas sobre su destino y posición”.

(Juan Bautista Alberdi)

I. Sumario

El presente trabajo aborda el análisis de uno de los institutos de democracia participativa contenidos en la Carta Orgánica Municipal de la ciudad de Posadas, puntualmente el instituto de Presupuesto Participativo.

Dicho instituto, incorporado al Capítulo Sexto de la Carta Orgánica Municipal, referenciado como artículos 48 a 50, entendemos, resulta ser una herramienta indispensable para el fortalecimiento de la democracia, legitimar las exigencias impositivas, tener un flujo de información sobre las necesidades y prioridades vecinales, a la vez de brindar transparencia, y en definitiva hacer de lo público municipal un vínculo de mayor cercanía y sentido de pertenencia genuino.

Todo ello a fin de contribuir a garantizar el éxito y respeto de una gestión pública que se ajuste a la lógica de hacer aquello que se puede con lo que se tiene.

II. Introducción

La experiencia indica que el poner en consideración y por supuesto la futura aprobación de un presupuesto de ges-

ción, se puede convertir en algo difícil y conflictivo, no sólo en la validación por parte de los denominados sectores de la oposición, sino también por la incidencia que los diversos grupos cercanos al poder, interesados en objetivos particulares, intentan hacer valer, sino también por el propio proceso interno de quien gobierna que debe elegir qué programas, actividades, inversiones, obras, en definitiva qué políticas públicas implementar, cuáles deben recibir más fondos, cuáles van a permanecer iguales, dónde se deben efectuar recortes, dónde nuevas inversiones, etc.

El armado de un presupuesto resulta ser la radiografía del perfil del gobernante, sus aspiraciones, sus prioridades, sus capacidades de percepción sobre el futuro, sus valores, etc. En este armado las dinámicas socioculturales propias de cada país, cada provincia, cada municipio indefectiblemente son variables, ninguno de esos espacios territoriales de poder son iguales entre iguales, no importa que cuenten con la misma cantidad de habitantes, los mismos ingresos, etc. Indefectiblemente el presupuesto se debe concebir como una construcción original, única e irrepetible que engloba y representa muchísimo del perfil de la ciudadanía y su involucramiento o no en dicha construcción.

Cuando hablamos del Presupuesto Participativo se hace evidente que la cultura democrática del espacio territorial donde dicho presupuesto se desarrollará juega un papel determinante. Sin ánimo de calificar calidades ciudadanas, es válido pensar que un presupuesto concebido para un municipio de

30.000 habitantes no tendrá las mismas complejidades que uno concebido para un municipio de 400.000.

Todo ello lo pensamos partiendo de la certeza de que hoy en día el gobernar se va tornando en una ciencia cada vez más compleja, donde la cantidad de factores que influyen indica necesariamente el tener una nueva lectura de esa compleja realidad, mucho más abierta y multidimensional que la de años anteriores.

Conforme lo expuesto, la nueva Carta Orgánica para Posadas nos pone a todos en la necesidad de dar un paso más en lo que hace a la construcción de la democracia y en principio mucho más desafiante para quien gobierna que se encuentra obligado a instrumentar los nóveles mecanismos de participación ciudadana.

En un marco más global, los desafíos de encontrar vigencia en un espacio donde las demandas planteadas por la sociedad son diversas, donde las dinámicas propias de los barrios no resultan ser nada similares, exigen el reto de concebir un ajuste a la democracia y superar la simple representatividad para apostar a mecanismos de democracia participativa tal como lo invita a hacer la nueva Carta Orgánica. El municipio de hoy en día ya no sólo se dedica al alumbrado, barrido y limpieza, hoy se le exige mucho más y es ello lo que debemos repensar.

En esta nueva situación, las demandas formuladas al municipio deben ser escuchadas y canalizadas a fin de garantizar los éxitos de una gestión que pretenda ser sensible a la dinámica socio territorial. El no existir para los ciudadanos el canal por el cual expresarse institucionalmente puede generar fuertes tensiones que hagan incrementar la conflictividad y ello no siempre por mala voluntad del gobernante sino porque en muchas oportunidades tampoco el gobernante encuentra como

observar la legitimidad de la demanda, o el grado de representatividad de los ciudadanos aquejados.

Si en otras épocas una buena administración, sujeta al programa político y a la transparencia en la gestión bastaba para satisfacer las necesidades de la ciudadanía, hoy el desafío de la democracia implica traspasar los límites de la representación, impulsando los mecanismos de democracia participativa¹ que Posadas tiene legalmente habilitados para ser utilizados.

Dicho lo expuesto, nos parece apro-

El armado de un presupuesto resulta ser la radiografía del perfil del gobernante, sus aspiraciones, sus prioridades, sus capacidades de percepción sobre el futuro, sus valores, etc.

piado antes de avanzar en las apreciaciones que nutrirán el trabajo, dejar referenciado que la Carta Orgánica Municipal de la Ciudad de Posadas, ha concebido al "Presupuesto Participativo" en su estructura legal, porque desde allí entendemos, se debe partir para transformar la letra de la ley en efectiva realidad.

Así la Carta Orgánica, aprobada por la Convención Constituyente en el año 2010, indica en su Artículo 48 que "*Todos los ciudadanos de Posadas tienen derecho a participar opinando sobre la aplicación de los fondos públicos del Presupuesto Participativo y controlar las rendiciones de cuentas referentes a su utilización*". Claramente el articulado no está indicando la vigencia de un dere-

cho, que como tal, de ser el caso de no poder detectar su cumplimiento, el mismo debe ser simplemente exigido.

Por su parte el Artículo 49 nos impone la obligación de que se garantice "*... la plena participación a la ciudadanía en general, por sí o a través de organizaciones; el derecho a la información y a una decisión fundada*".

Para que todo ello sea posible, el Artículo 50 indica que deberán realizarse Asambleas del Presupuesto Participativo por Delegaciones Municipales, tomando para ello la división territorial de la ciudad.

Las condiciones legales se encuentran dadas, lo que evidentemente nos falta es la puesta en valor del instituto por parte de todos los posibles actores involucrados, por ello ahí vamos.

III. El Presupuesto participativo

Los Institutos de presupuesto participativo, desde una de sus posibles valoraciones, surgen "*concebidos para involucrar a los ciudadanos en la construcción de las prioridades de gasto de las administraciones públicas mediante la organización de ciclos anuales de reuniones públicas y el suministro de otras herramientas de apoyo al perfeccionamiento paulatino de las opciones que se incluirán en los documentos de planificación*"².

El Presupuesto Participativo es un mecanismo que se aplica con éxito desde el año 1989 en la ciudad de Porto Alegre, Brasil. Actualmente es desarrollado en diferentes ciudades del Brasil y del mundo. Además se ha ensayado en los últimos años a escala provincial en el estado de Río Grande Do Sul, Brasil. En nuestro país se aplica en las Ciudades de Rosario, Morón, La Plata y Zárate, entre otras.

Este tipo de presupuestos tiene como particularidad que se desarrolla en el

¹ ROMERO, Ricardo. "Democracia 25 años después. Reflexiones y desafíos para una ciudadanía participativa". Revista Demos Participativa. Año 1 vol. 1. Septiembre de 2008.

² ALLEGRETTI, Giovanni y HERZBERG, Carsten. "El retorno de las carabelas: los presupuestos participativos de Latinoamérica en el contexto europeo".

El Presupuesto Participativo es un proceso que permite una radicalización democrática, donde los ciudadanos no delegan la gestión pública, sino que participan desde un espacio público no estatal en las decisiones políticas del Estado.

marco de asambleas populares y temáticas, la población participa en un aspecto central de la administración pública, nada más ni nada menos que en el presupuesto.

La determinación sobre las prioridades en la estructura de partidas presupuestarias replantea la relación entre gobernantes y gobernados/as. Ello implica el repensar las políticas estatales y abrir la participación, señalando un nuevo horizonte en el ejercicio de la ciudadanía y en la política en sí. Al Presupuesto Participativo, lo podemos definir como:

- **Un mecanismo de democracia semidirecta:** donde la Sociedad Civil define la política de gobierno por mecanismos institucionales.
 - **Un sistema de cogestión:** por el cual el Estado y la Sociedad Civil elaboran programas de gobierno y los ejecutan conjuntamente.
 - **Un espacio público no estatal:** donde la Sociedad Civil reflexiona sobre políticas de gobierno.
 - **Un mecanismo de Control de Cuentas:** donde la Sociedad Civil recibe una rendición de las acciones de gobierno.
 - **Un mecanismo de priorización** donde se fijan prioridades de gestión.
- Según donde nos situemos con mayor comodidad, o de cuál sea nuestra posición socio política, se puede reducir al Presupuesto Participativo a uno de los aspectos precitados, pero en realidad resulta mucho más enriquecedor si le damos una interpretación interrelacionada. Considerarlo a cada uno de dichos aspectos como la parte de un todo, siempre teniendo en cuenta la dimensión plena de optimizar la democracia, que implica no sólo un sistema

político, sino una filosofía de vida, una manera de vivir, que debe ser cuidada, enseñada y valorada³, transparentando la gestión y ampliando la participación popular, indudablemente el presupuesto participativo sólo puede traer beneficios y jamás perjuicios a la sociedad que concibe los valores precitados como irrenunciables.

Por todo ello es que afirmamos que el Presupuesto Participativo no es sólo una cuestión de números, de debe o haber, es un mecanismo por el cual las y los ciudadanos debaten, diseñan y desarrollan políticas de gestión, gestión que nada más ni nada menos tiene que ver con nuestra cotidianidad.

El desarrollo del Presupuesto Participativo, como una de las máximas expresiones de la Democracia Participativa, resulta ser un proceso social de construcción permanente que no sólo necesita voluntad política y buena predisposición, sino también de redes sociales asociativas que lo fortalezcan.

El Presupuesto Participativo es un proceso que permite una radicalización democrática, donde los ciudadanos no delegan la gestión pública, sino que participan desde un espacio público no estatal en las decisiones políticas del Estado.

Dado lo expuesto, podemos afirmar que la gestión pública participativa *"convoca a la ciudadanía a discutir y elaborar las prioridades presupuestarias de la gestión pública, a través de diversas instancias participativas, como asambleas, foros, comisiones, etc, y de alcances consultivos, deliberativos e incluso resolutivos en el presupuesto..."*⁴.

IV. Contextualización del Presupuesto Participativo en Posadas

El pretender involucrar a la ciudadanía en general con la cosa pública puede resultar una tarea compleja y

³ FAYT, Carlos S. "Derecho Político" Cuarta Edición. Edit. Abeledo Perrot.

⁴ ROMERO, Ricardo. "Presupuesto Participativa en Rosario y Buenos Aires: visiones sobre su aplicación". Trabajo presentado en la Conferencia Mundial sobre el Desarrollo de las Ciudades, Porto Alegre, Brasil. 2008.

desilusionante, también es cierto que en muchas oportunidades quienes gobiernan son quienes crean una distancia impenetrable a los planteos formulados por la sociedad. A pesar de lo expuesto, el desafío actual en la ciudad de Posadas, pos reforma de su Carta Orgánica, resulta ser el romper dichas concepciones y comenzar a diseñar los mecanismos que hagan efectiva la participación de la ciudadanía bajo los preceptos de la democracia semidirecta.

Participar en las decisiones de gobierno, desde las prácticas más sencillas, que en muchas oportunidades, en un municipio, están referidas a problemas cotidianos -aunque comunes no menos relevantes-, constituye un paso decisivo para la construcción de una democracia y sociedad mejor. Es por ello que estamos convencidos de que el Presupuesto Participativo es una herramienta más que adecuada para encarar ese proceso de involucramiento y compromiso con lo público.

La Carta Orgánica de Posadas ha marcado una pauta, referenciando que fue redactada de acuerdo a los principios representativos, republicanos, democráticos, participativos y de autonomía municipal conforme a los preceptos de la Constitución de la Nación Argentina y de la Provincia de Misiones, haciendo propios los derechos, declaraciones y garantías en ellas contenidos.

Resulta interesante destacar que la Carta Orgánica Municipal concebida en 1988 ya resultaba ser una de las más avanzadas de su época y en la reforma recientemente realizada se ha mantenido en la línea de incorporar apreciaciones, derechos, definiciones e instituciones que podríamos calificarlos bajo la misma línea que su antecedente, ya que se ha animado a legislar mirando al futuro. Como enunciáramos al principio de este capítulo, no son muchos los municipios que se han atrevido a

fortalecer los esquemas de democracia participativa. Posadas sin una práctica previa en este tema se ha animado a legislarlo, aceptando los cambios que se presentan en el rol de las ciudades, donde la descentralización y el retiro del Estado Nacional sobre la competencia en funciones públicas colocaron a los gobiernos locales y a la sociedad con nuevas responsabilidades a fin de resolver sus problemas inmediatos. Los temas del día a día, los que el ciudadano común califica como "reales" son resueltos a escala local, en ese sentido, la descentralización de funciones estatales coloca a la ciudad con características intermedias a las asumidas en otro momento por el Estado Nación⁵.

A su vez, ha comenzado a irrumpir una nueva idea del rol de la sociedad, que ahora asume una función civil, afrontando el compromiso de participación en la resolución de problemas públicos. En diferentes grados, la flamante sociedad civil se constituye como sujeto activo de construcción de la vida pública, especialmente en su relación con el Estado⁶. Por otra parte, se constituyen nuevos espacios públicos de participación y deliberación en la administración pública, que se disponen para generar una "relación diferente" entre Estado y Sociedad Civil, en tanto preocupación de recuperar la legitimidad democrática perdida durante las crisis políticas que sufren las repúblicas representativas⁷.

En este marco, qué mejor que la ciudadanía participe de la determinación de las prioridades, en la estructura de partidas presupuestarias, ello indudablemente replantea el desarrollo de la democracia misma, politizar la gestión pública, abriéndola a la participación de los diversos sectores sociales y generar una redistribución

Se constituyen nuevos espacios públicos de participación y deliberación en la administración pública, que se disponen para generar una "relación diferente" entre Estado y Sociedad Civil, en tanto preocupación de recuperar la legitimidad democrática perdida durante las crisis políticas que sufren las repúblicas representativas.

⁵ QUINTANA, Francisco. "Ciudad, metrópoli y mundo global/local", Atenea Digital, n 6: 66-79. 2004.

⁶ RESTEPO, Darío. "Eslabones y precipicios entre participación y democracia", Revista Mexicana de Sociología, vol. 63, México, 2001, pp. 167-191.

⁷ ROMERO, Ricardo, ibídem.

de los recursos y del poder mismo, marcan un nuevo horizonte en el ejercicio de la ciudadanía y en la política en sí, que la ciudad de Posadas tendrá que pensar como instrumentar.

Esta acción de instrumentación del presupuesto participativo, puede generar para quien gobierna un genuino acercamiento con los vecinos y vecinas y a ellos/as el comenzar a comprender las dinámicas no siempre tan sencillas de una gestión pública que cada vez más debe lidiar con la diversidad, los intereses, las pluralidades.

Asimismo los vecinos y vecinas comprenderán que los recursos son limitados, que dichos recursos provienen de su compromiso de cumplimiento impositivo, que la problemática barrial puede estar vinculada con toda la ciudad, que mi gran problema puede ser un pequeño problema si miro al lado, y que existen en definitiva derechos y obligaciones que hacen del ejercicio de la ciudadanía la razón de ser del vivir en una comunidad determinada a la cual le damos y nos da.

Ahora bien el desafío que resta, y que por lo breve del articulado de la Carta Orgánica no puede ser ignorado, es la reglamentación que hará efectivo el espíritu del legislador, cómo se resolverá el espacio público deliberativo, consultivo e incluso resolutivo, quiénes serán los legitimados para participar, qué autoridad dirimirá dichas controversias, cómo la ciudadanía accederá a información fidedigna con la suficiente antelación para que su proyecto no sea una serie de simples imposibilidades, cómo se resolverán aquellas cuestiones que no pueden ser decididas teniendo sólo en cuenta a las "Delegaciones Municipales, tomando para ello la división territorial de la ciudad" por ejemplo ante cuestiones vinculadas al medio ambiente, al desarrollo de políticas culturales, a la salud, a la educación, etc. Evidentemente estas simples preguntas

de muy difícil respuesta no deben generar la sensación de imposibilidad y entre todos tener presente que tan noble iniciativa por excusas técnicas no puede caer en argumentaciones reglamentarias obstruccionistas, ya que el presupuesto participativo resulta ser una oportunidad de involucramiento con la cosa pública que no es otra cosa que la cosa nuestra.

Se deberán concebir mecanismos confiables de información a fin de que el proyecto no se frustre (...) si no existe una rendición de cuentas sobre cómo se invirtió el dinero (...) el proyecto no podrá avanzar por los carriles de legitimidad necesarios

V. Consideraciones a tener en cuenta a la hora de reglamentar

Conforme la necesidad de reglamentar los artículos que harán efectivo el presupuesto participativo meramente enunciado en la Carta Orgánica, entendemos que será válido que ello se construya poniendo en práctica un debate sobre los ejes de proximidad, información, participación, diversidades y democratización, dicho ello profundizaremos cada uno de dichos ejes:

- **Gestión de proximidad:** La administración debe permitir y garantizar que la ciudadanía se relacione con la política pública y que asimismo la ciudadanía pueda acercar sus problemas a las estructuras de decisión. En tal sentido, el

fortalecimiento de las Delegaciones resulta ser esencial. Ello va a establecer nuevos marcos para la planificación pública y como consecuencia mejorará el armado y ejecución del presupuesto público. De todas maneras estamos convencidos de que con las Delegaciones como único espacio de discusión podemos llegar a caer en fracasos y desmotivaciones, por lo que la reglamentación deberá concebirse con un criterio un poco más amplio, inclusivo y flexible.

- **Acceso a la información:** Indefectiblemente se deberán concebir mecanismos confiables de información a fin de que el proyecto no se frustre. Si la ciudadanía no sabe como mínimo cuánto ingresó, cuáles son los gastos indispensables a afrontar por cualquier municipio, si no existe una rendición de cuentas sobre cómo se invirtió el dinero, cuáles son las inversiones de carácter general que se emprenderán, etc., el proyecto no podrá avanzar por los carriles de legitimidad necesarios para que la ciudadanía se apropie de su presupuesto.

- **Participación ciudadana:** El involucramiento de vecinos y vecinas resultará fundamental para legitimar el presupuesto. Para ello la incorporación de espacios de deliberación, más allá del establecido por la Carta Orgánica que sólo prevé a las "Delegaciones Municipales" será de trascendencia concebir. Atento a ello se puede pensar en otros espacios deliberativos como ser Foros o Consejos en cada temática de gestión en particular o hasta en general. Por otra parte y siempre en pos de garantizar la participación de la mayor cantidad posible de ciudadanos/as se debe educar en revalorizar la participación como parte de un nosotros.

- **Contemplación de las diversidades:** Resulta imprescindible pensar la ciudad desde el respeto a las diversidades. La planificación de las políticas locales y

por ende del presupuesto no puede pensarse desde una homogeneidad, sino desde la inclusión social, en la cual es preciso diseñar espacios de integración y de diversificación, para que niños/as, jóvenes, adultos/os mayores, inmigrantes, religiosos, ateos, homosexuales, heterosexuales, personas en situación de riqueza o pobreza, encuentren un espacio de participación que les permita ser visibles, escuchados y respetados conforme las exigencias y compromisos internacionales de Derechos Humanos asumidos por la Argentina.

- **Democratización:** una síntesis de los ejes expuestos, a fin de resultar bien claros sobre el norte a seguir, nos obliga a estar bien convencidos de que el espacio público es el lugar de la convivencia, del respeto por lo común, por lo compartido. La ciudadanía tiene una fuerte impronta dentro del desarrollo de la democratización en las sociedades. La ciudadanía supone igualdad en el acceso a derechos, y no necesariamente homogeneidad. Así, los derechos deben garantizar todas las diferencias culturales, y los gobiernos locales ser los garantes que amplíen y fomenten la ciudadanía democrática⁸.

Los cinco ejes expuestos son algunos ejes de análisis para encarar un proceso de reglamentación de la Carta Orgánica, ellos no agotan la temática sino que por el contrario resultan ser un disparador para avanzar en una reglamentación que enriquezca el limitado plexo normativo que facilite e impulse una ciudad inclusiva, participativa y diversa.

VI. Consideraciones a tener en cuenta para la aplicación del Presupuesto Participativo en Posadas

Es preciso comprender -es muy pre-

ciso comprender- que el Presupuesto Participativo no es sólo un sistema, sino que es un mecanismo de interacción social, interacción con todo lo que ello implica.

Comienza a funcionar cuando se lo valora y se percibe que la construcción colectiva se va desarrollando en cada lugar a partir de sus particularidades económicas, culturales, políticas y so-

La planificación de las políticas locales y por ende del presupuesto no puede pensarse desde una homogeneidad, sino desde la inclusión social, en la cual es preciso diseñar espacios de integración y de diversificación para que todos encuentren un ámbito de participación que les permita ser visibles, escuchados y respetados.

ciales, que puede tener avances y retrocesos, éxitos y fracasos.

Por lo tanto, resultará un error intentar implementarlo a partir de la copia de un modelo surgido en otra ciudad. Por ello Posadas debe construir su propia metodología participativa.

Podemos legislarlo de manera similar, es más puede surgir la implementación del presupuesto participativo sin legislación, en el caso que el gobernante desee y haga efectiva por ejemplo una consulta sobre inversiones, pero la aplicación, la implementación depende del contexto social, cultural, de la práctica democrática, de los referentes sociales y políticos, de las dimensiones territoriales, de las necesidades a satisfacer, etc.

En este sentido, la forma de aplicación del Presupuesto Participativo depende

de los objetivos que se tengan en el proceso de gestión, y en dicho proceso se debe tener en cuenta para el desarrollo la estructura política, la estructura social y la estructura institucional.

En cuanto a la estructura política, resulta de suma importancia el compromiso del partido de gobierno con la dinámica participativa para apuntalar el proceso del Presupuesto Participativo. Sin dicho compromiso y estando legislado -como ahora lo está- se podrá implementar pero sólo acudiendo a instancias complejas como puede ser la protesta o la vía judicial, situaciones que se deben evitar si lo que se busca es que todos comprendamos la utilidad y el bienestar que implica el construir y desarrollar prácticas democráticas.

Por otra parte, el Presupuesto Participativo puede dinamizar la relación entre quien gobierna y la oposición en la medida que puede contribuir a fortalecer la obra o decisión de gobierno que ha sido consensuada por el conjunto de la población.

En cuanto a la estructura social, la implementación del Presupuesto Participativo dependerá en gran medida de la capacidad de potenciar las formas elementales de participación comunitaria y asociativa, ya sea como eje en las Delegaciones municipales -conforme lo indica la ley-, o sumando a ello a los clubes barriales, a los clubes de abuelos, a las sociedades de fomento, a las cooperadoras escolares, a los centros culturales, a las bibliotecas públicas, a las asociaciones civiles y otros espacios vecinales que se puedan concebir como legítimos por su propia temática aglutinante. A ello se debe sumar el tener presente y respetar al vecino o vecina en su individualidad para lo cual habrá que garantizarle los mecanismos adecuados de participación.

Se debe tener muy presente el grado

⁸ BORJA, Jordi. "Ciudadanía y Globalización" en Documentos de Políticas Sociales. Cuaderno N° 29. GCBA, 2001 Pág. 114.

Resulta necesario que los vecinos/as dejen de tener un rol pasivo y de meros espectadores para pasar a convertirse en verdaderos ciudadanos y participar en proyectos en el marco de la Sociedad Civil.

de participación social que existe actualmente, que fijaría puntos de partida desde donde y cómo generar participación. Debiéndose incluir, de ser necesario, la instancia de educar y formar en participación, ya sea de manera general o de manera particular, ya que no podemos considerar como válido que por ejemplo una Delegación municipal no tenga nada que decir, que no se valore la participación como posible elemento solucionador de las carencias.

En cuanto a la estructura institucional, claro que es un límite a tener presente, básicamente en lo que se refiere a los procedimientos legales, institucionales y administrativos del diseño del Presupuesto Participativo, instancia que se deberá tener muy en cuenta a la hora de reglamentar los escasos artículos de la Carta Orgánica actual.

La institucionalidad del Presupuesto Participativo se irá construyendo con el transcurso del tiempo, lo que debemos observar es que las reglamentaciones a concebir no resulten ser un limitante a futuro que nos impida el desarrollo pleno del mecanismo participativo, es conveniente que falte reglamentación a que el exceso en el cuidado de las formas desvirtúe los objetivos inicialmente concebidos.

Las estructuras expuestas deberán ser tenidas en cuenta porque las condiciones y el clima alrededor del ejercicio ciudadano son los hechos que definen los límites y el potencial de participación así como la efectividad de las iniciativas desarrolladas⁹.

VII. Ideas sobre la metodología de aplicación

Si bien la organización del proceso participativo está sujeta a las caracterís-

ticas de la población, con todas las dimensiones que hasta ahora expusimos, al producto bruto geográfico, a los niveles de desarrollo, a la situación fiscal, a los alcances que políticamente se le quiera dar a la discusión pública del presupuesto, dimensiones todas ellas muy amplias, los siguientes pasos resultan ser algunas de las instancias de aplicación a tener en cuenta:

1. En primer lugar debemos instalar el valor de la participación, el valor del presupuesto como eje de conducta y obligación pública, por ello resulta indispensable la conformación de grupos promotores sobre participación pública para que la ciudadanía se apropie de sus conceptos.

2. Se deberá realizar un diagnóstico de la situación política, social, cultural, económica y administrativa del municipio, determinar también los porcentajes del presupuesto estimado que será participable, opinable, discutible tanto territorialmente como temáticamente.

3. Diseñar una estrategia de implementación que tendrá que ser clara, transparente y flexible a las dinámicas propias de cada contexto.

4. Se debe contemplar el desarrollo de los ámbitos de participación y pensar en la coordinación de los resultados obtenidos.

5. Se deberá sistematizar las demandas y realizar la confección de la Matriz Presupuestaria.

6. Claro está que la etapa de Ejecución Presupuestaria será de manera tradicional.

7. Y por último la etapa de Rendición de Cuentas, donde deberá contemplarse con la debida antelación para que pueda ser apreciable por los vecinos/as en tiempo y forma. Este punto es el que revitalizará e institucionalizará al presupuesto participativo, que a medida que los ciudadanos descubran la relación directa entre lo aportado como contribución impositiva, lo decidido como importante en un tema puntual o terri-

⁹ WILLIAM, Reuben. "Civic engagement for development. Creating an enabling environment for civic engagement in development: a world bank perspective". Noviembre, 2000.

torial, lo realmente ejecutado y los beneficios sociales obtenidos, logrará que muchos miren con perspectivas mucho más halagüeñas hacia el futuro y se descubrirán cada vez más ocupados y comprometidos por el presupuesto municipal.

Así como acabamos de considerar las etapas a tener en cuenta para la implementación concreta del presupuesto participativo, indudablemente debemos comenzar a vislumbrar y decidir quiénes participarán en todo este proceso, porque claro está, la participación es la esencia del mismo:

1. En primer lugar encontramos como actor principal e ineludible al Intendente municipal y sus secretarios que deben elaborar el diagnóstico de la situación municipal, con la debida antelación para que pueda ser estimado por la ciudadanía en general.

La voluntad política y social que el intendente le imprima al particular será determinante, hasta pudiéndose dar el caso de que sin la legislación adecuada lo pueda implementar si es conciente de la dimensión democrática social que simplemente ello implica y sin contabilizar siquiera la aceptación política que implica el involucrar al vecino con sus necesidades.

2. Se deberá pensar cómo convocar a todas las vecinas, los vecinos y organizaciones sociales a participar en la discusión del presupuesto, en principio en las Delegaciones municipales -dado que así lo establece la Carta Orgánica-, pero estamos convencidos que la reglamentación lo deberá ampliar a otras circunstancias como las posibles asambleas zonales o por ejes temáticos.

Este esquema de participación deberá fortalecer y fortalecerá a las comisiones vecinales por Chacra ya que en la discusión definitiva de lo que se hará no podrán tener voz todos de manera directa, pero el total de los vecinos deberá aceptar y respetar el mandato impuesto a la comisión directiva vecina, la que a su vez deberá rendir cuentas a sus veci-

nos/as sobre los avatares propios de discutir un presupuesto.

Resulta necesario que los vecinos/as dejen de tener un rol pasivo y de meros espectadores para pasar a convertirse en verdaderos ciudadanos, y participar en proyectos en el marco de la Sociedad Civil.

3. Podría también pensarse en que las y los vecinos elijan quiénes serán los integrantes de un Consejo o una instancia coordinadora que permita procesar las prioridades vecinales y confeccionar la propuesta presupuestaria -en colaboración con el Gobierno-.

4. Este mismo Consejo podría funcionar como organismo controlador de las ejecuciones del presupuesto una vez aprobadas.

Este consejo, entendemos, no deberá estar vinculado a los integrantes de la Delegación municipal, a fin de constituir una especie de mini división de poderes y de funciones.

5. Al año siguiente, la nueva convocatoria a las Asambleas de Presupuesto Participativo podrá ser realizada desde el Consejo y las reuniones deberán iniciarse con la indefectible rendición de cuentas del año anterior.

VIII. Apreciaciones Finales

A las administraciones actuales, mucho más a las municipales, se les exige satisfacer adecuadamente los diversos campos de interés social, político y económico. Ello es una exigencia que se va imponiendo cada vez con mayor claridad dados los múltiples factores de la modernidad y sus tecnologías.

El gobierno local de hoy es el actor político al cual se le exigen más respuestas inmediatas y debe estar preparado para percibir el pulso de los acontecimientos de la sociedad a fin de responder adecuadamente a las demandas vigentes.

Debe optimizar su capacidad de pro-

El gobierno local de hoy es el actor político al cual se le exigen más respuestas inmediatas y debe estar preparado para percibir el pulso de los acontecimientos de la sociedad a fin de responder adecuadamente a las demandas vigentes.

ximidad con la población que culminará garantizando uno de los bienes más preciados por cualquier gestión de gobierno como resulta ser la legitimidad y aceptación de la sociedad.

Es por ello que entendemos que la particularidad de implementar el Presupuesto Participativo contribuirá indeluctablemente a la capacidad de autoorganización, la capacidad de determinar rumbos a seguir y optimizar la disponibilidad de los recursos. En definitiva hará más flexible y eficiente a la administración.

Claro está que en la construcción de la agenda local, en la determinación del conjunto de las políticas públicas, se contará con una serie de socios -vecinos/as- que como tales ahora pasarán a ser corresponsables sobre el éxito o fracaso de la gestión, dado que la adquisición real por parte de la población del poder de decisión sobre cuestiones públicas construirá dicha situación y valoración.

Este nuevo rol que el gobierno de la ciudad de Posadas se verá obligado a implementar, incluye no solamente renovaciones en su forma de gestionar lo público, considerando al Presupuesto Participativo como mecanismo innovador de participación ciudadana, sino que también le permitirá articular, fortalecer sus vínculos con toda la sociedad, con los agentes económicos, con las organizaciones de la sociedad civil, con los medios de comunicación, con las llamadas fuerzas vivas de la sociedad, entre otros¹⁰.

Y todo ello coincide con la apreciación de que en la actualidad, los gobiernos locales no pueden hacer oídos sordos a la necesidad de interactuar con todos los sectores de la sociedad que lo rodean en busca de un consenso mayor

que estimule la marcha continuada de proyectos, iniciativas, cooperaciones, etc.

Otro gran tema de los últimos tiempos resulta ser la transferencia de recursos -redistribución del ingreso- entre sectores y grupos que tiene gran impacto en la economía y vida social, y el Presupuesto Participativo contiene en esencia un efecto redistributivo muy positivo y digno de observar.

A partir de su participación en la construcción de la agenda local y en la determinación del conjunto de políticas públicas, los vecinos/as pasarán a ser corresponsables sobre el éxito o el fracaso de la gestión.

Obsérvese que todos los actores ya citados tomarán conocimiento de los ingresos con que cuenta el municipio, los gastos fijos e indelegables para ser discutidos, las necesidades que existen en cada espacio territorial, hacia dónde se desea ir, etc.

Obviamente que del monto que se asigne a discusión surgirán las solidaridades o no entre vecinos, la lectura sobre la situación de los servicios públicos de cada barrio será un norte a tener en cuenta, ello porque cada Delegación municipal contará con similares montos de ejecución, y dado que cada Delegación en su división territorial implica a otros tantos barrios, en aquellos

donde las necesidades sean evidentes se tenderá a direccionar la inversión. Por el contrario en aquellos barrios donde ya existe por ejemplo: red cloacal, asfalto, iluminación, parquización, etc., las posibilidades de aplicar los fondos del Estado deberán pensarse para otra oportunidad, y dicha oportunidad estará dada como mínimo cuando el barrio de al lado se encuentre en similares condiciones.

Sin ánimo de caer en una inocencia total sobre el punto referenciado y creer que todo se solucionará de manera tan sencilla, no podemos desconocer que si cultivamos la solidaridad resultará difícil que un barrio pueda pensar en tener un centro cultural cuando el barrio vecino no cuenta siquiera con el servicio de alumbrado público a fin de prevenir la inseguridad, tal vez ejemplo inocente pero real en la Posadas que nos rodea. En definitiva distribuir los recursos públicos con criterios de justicia y equidad social¹¹.

Otras de las exigencias actuales que podemos sanear con el desarrollo del Presupuesto Participativo son las situaciones de transparencia y el control cívico sobre los bienes públicos. El Presupuesto Participativo municipal como mecanismo de control de la gestión pública ha sido evaluado positivamente tanto por Naciones Unidas como por el Banco Mundial, ya que integra, blanquea, visibiliza, en síntesis hace público lo que antes resultaba oscuro, distante, hermético.

En la particularidad para la ciudad de Posadas, no queremos dejar de destacar, que conforme lo establece el articulado actual de la Carta Orgánica, y lo consideramos como una falencia, y es que entendemos demasiado limitante que la discusión se de solo en el ámbito de las

¹⁰ BORJA, Jordi y CASTELLS, Manuel. "Local y Global. La gestión de las ciudades en la era de la información". Taurus. Barcelona, 1997 / Cap. V - Pág. 139

¹¹ AGÜERO, Juan Omar. "El presupuesto público como instrumento de control social de la gestión pública". Trabajo preparado para el Primer Congreso Internacional de Control Gubernamental, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Noviembre 2010.

Delegaciones municipales, ya que existen temas grandes, temas que inciden en toda la población sin límite territorial como ser: desarrollo urbano, transporte, salud, tiempo libre, educación, medio ambiente y cultura que no pueden ni deben ser encorsetados territorialmente y que la práctica, estimamos, así lo demostrará.

IX. Conclusiones

La nueva Carta Orgánica convoca a los posadeños a intervenir de forma directa en las instancias de elaboración del presupuesto. Se debe aprovechar esta hermosa experiencia del ser parte de la comunidad donde vivimos, conocer quienes somos y que queremos para todos en común. Los que decidan participar en este aspecto central de la administración pública conformarán el ciudadano pleno que la democracia indudablemente concibe como optimo.

La determinación de las prioridades en la estructura de partidas presupuestarias por parte de los vecinos replantea el desarrollo de la democracia misma. En los años venideros tenemos el desafío de repolitizar la gestión pública, repensar las políticas estatales, abrir la participación a nuevos sectores sociales y generar una redistribución de los recursos y el poder mismo, marcando un nuevo horizonte en el ejercicio de la ciudadanía y en la política en sí. Todo indudablemente dependerá de todos.

X.- Bibliografía

- CAVAROZZI, Marcelo, "El capitalismo político tardío y su crisis en América Latina", Homo Sapiens Ediciones, Rosario, 1996.

- ALLEGRETTI, Giovanni y HERZBERG, Carsten. "El retorno de las carabelas: los presupuestos participativos de

Latinoamérica en el contexto europeo".

- QUINTANA, Francisco, "Ciudad, metrópoli y mundo global/local", Atenea Digital, n 6: 66-79. 2004.

- RESTEPO, Darío, "Eslabones y precipcios entre participación y democracia", Revista Mexicana de Sociología, vol. 63, México, 2001, pp. 167-191.

- BORJA, Jordi. "Ciudadanía y Globalización" en Documentos de Políticas Sociales. Cuaderno N° 29. GCBA, 2001

El Presupuesto Participativo municipal como mecanismo de control de la gestión pública ha sido evaluado positivamente tanto por Naciones Unidas como por el Banco Mundial, ya que integra, blanquea, visibiliza, en síntesis hace público lo que antes resultaba oscuro, distante, hermético.

Pág. 114.

- ROMERO, Ricardo. "Presupuesto Participativo en Rosario y Buenos Aires: visiones sobre su aplicación". Trabajo presentado en la Conferencia Mundial sobre el Desarrollo de las Ciudades, Porto Alegre, Brasil. 2008

- ROMERO, Ricardo (Comp.) "Presupuesto Participativo Porteño en el contexto latinoamericano" en Democracia Participativa, una utopía en marcha. Reflexiones, experiencias y un análisis del caso porteño. Red Argentina de Ciencia Política Mariano Moreno. Ed. Cooperativas. 2004

- ROMERO Ricardo. "Presupuesto Participativo Porteño 2002-2006", Edic. Cooperativas Bs. As. 2007.

- ROMERO, Ricardo (comp.) Buenos Aires Ciudad Participativa. Edic. Cooperativas Bs. As., 2006.

- ROMERO, Ricardo "Democracia Participativa. Una utopía en marcha", Compilador, Edic. Cooperativas, Bs. As., 2005.

- BERRETA, Diego; TURRA, Silvana; FERRERO, Mónica, "Presupuesto Participativo Joven, Construyendo Ciudadanía", Mimeo. 2006.

- AGÜERO, Juan Omar, "El presupuesto público como instrumento de control social de la gestión pública." Trabajo preparado para el Primer Congreso Internacional de Control Gubernamental, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Noviembre 2010.

- BROSE, Markus (comp.), "Metodología Participativa", Tomo Editorial, Porto Alegre, 2001.

- FORNI, Floreal (comp.), "De la exclusión a la organización", Ciccus Ediciones, Buenos Aires, 2002.

- LADIZESKY, Pablo y CASPARRINO, Claudio, "Presupuesto Participativo: ¿Herramienta legitimante o construcción del poder popular?", Departamento de Estudios Políticos del Centro Cultural de la Cooperación, Cuadernos de Trabajo N° 52, 2004.

- LERNER, Josh y SCHGUERENSKY, "La dimensión educativa de la democracia local: el caso del presupuesto Participativo". Revista Temas y Debates, Septiembre 2007.

- MERKLEN, Denis, "Pobres ciudadanos", Gorla Editorial, Buenos Aires, 2005.

- ROMERO, Ricardo, "Presupuesto Participativo. Análisis comparado del caso porteño y rosarino", II Encuentro de Políticas Públicas. Carrera Trabajo Social, Noviembre 2007.

- ROMERO, Ricardo, "Presupuesto Participativo de la Democracia Participativa a la Democracia Representativa", CGP N° 13, 2002, en colaboración con Leandro Querido.

imposible reparación, previo ofrecimiento y prestación de contracautela suficiente.

I-2. Tutela anticipada

ARTÍCULO 241. Procedencia. Sin que configure prejuzamiento, el Juez puede, a requerimiento fundado de quien tenga un interés legítimo y de manera excepcional, anticipar parcial o totalmente los efectos de la tutela pretendida en la demanda o en la reconvencción, cuando concurren los siguientes extremos:

- 1) convicción suficiente sobre la probabilidad cierta del derecho que la sustenta;
- 2) urgencia de la medida en tal grado que de no ser adoptada de inmediato cause al peticionante la frustración del derecho a la salud o la vida, o un daño irreparable equivalente;
- 3) otorgamiento de contracautela real suficiente, salvo en los casos en que el peticionante se encuentre legalmente exento de darla.

ARTÍCULO 242. Procedimiento. Efectos. Solicitada la tutela, el Juez debe fijar una audiencia con carácter urgente, a la que deben ser citadas las partes interesadas notificándolas personalmente o por cédula, carta documento o acta notarial y se celebra con quienes comparezcan. Concluida la audiencia, resuelve sin otra sustanciación.

La resolución se notifica a las partes no comparecientes en alguna de las formas previstas en el Artículo 136 del presente Código.

Si el solicitante o quien lo represente no comparece a la audiencia, la tutela debe ser rechazada y no puede ser soli-

citada con igual carácter en lo sucesivo.

ARTÍCULO 243. Modificación. Recursos. La tutela anticipada puede ser revocada o modificada al tiempo de la sentencia, o por vía de incidente durante la secuela del proceso si cambian las condiciones tenidas en cuenta para disponerla. Se consideran también al efecto las actitudes procesales de las partes, en cuanto de ellas surjan indicios de abuso del derecho de defensa o manifiesto propósito dilatorio.

Si a pedido de parte, el Juez considera que la medida fue obtenida sin derecho o con abuso de derecho, debe declarar la responsabilidad del requirente, condenándolo a los daños y perjuicios si la otra parte lo hubiera solicitado.

El régimen de cumplimiento y de recursos es el establecido para las medidas cautelares. Concedida o no la tutela el proceso prosigue hasta su finalización.

II. Procesos urgentes. Concepto y caracterización

Según Jorge Peyrano, acaso el más conspicuo estudioso de la materia, hay proceso urgente cuando concurren situaciones que exigen una particularmente presta (veloz o expedita) respuesta jurisdiccional. Bajo esta genérica denominación se agrupan, pues, una multiplicidad de procedimientos caracterizados por reconocer que en su seno el factor tiempo posee una relevancia superlativa¹, que obliga a reducir la cognición y (algunas veces) a postergar la bilateralidad, con la finalidad de acordar una tutela rápida y eficaz².

Tradicionalmente la tutela urgente se abastecía únicamente a través de las medidas cautelares, provisionales o in-

terinas, decretadas en el marco de un proceso principal y a las que se accedía antes, después o simultáneamente a la interposición de la demanda. Su finalidad era, en términos generales, el aseguramiento del resultado de otro proceso, al que se subordinaba, procesal y materialmente³.

Empero "algo faltaba" en vista a la satisfacción de necesidades ciertamente apremiantes. La ortodoxa doctrina cautelar resultaba insuficiente para otorgar soluciones adecuadas a determinadas coyunturas. Su principal falencia consistía en exigir, ineludiblemente, la deducción de acciones principales para mantener en pie el remedio obtenido, acciones principales cuya promoción, muchas veces, no deseaban los justiciables requirentes⁴.

Y como consecuencia de percibir la doctrina que los contornos del proceso urgente eran más amplios que los límites del procedimiento cautelar⁵, empezó a utilizar esa nomenclatura (procesos urgentes) con un nuevo propósito: alojar a las medidas precautorias, sí, mas no en puridad o con exclusividad. Ahora lo sería a la par de las llamadas medidas autosatisfactivas y de la tutela anticipatoria; conviviendo *lato sensu* con la acción de amparo y el *habeas corpus*. Vale decir, con otros procedimientos judiciales también destinados a proveer una inmediata solución a situaciones que no admiten demora empero que, a diferencia del instituto cautelar, pueden -en ciertas ocasiones- agotarse en sí mismos y sin la necesidad de generar un proceso principal al cual acceder.

Veamos pues, a continuación, en qué consisten los procedimientos que, por

¹ PEYRANO, Jorge W. "La tutela de urgencia en general y la tutela anticipatoria en particular", ED 163-786; del mismo autor, "La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución", en el libro colectivo *Medidas autosatisfactivas*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, pág. 14.

² DE LOS SANTOS, Mabel. "La medida cautelar innovativa y el anticipo de sentencia: su ubicación entre los llamados urgentes", JA 1996-I-633.

³ En términos generales, las medidas cautelares responden a un doble propósito: evitar que se tornen ilusorios los derechos de quien las solicita ante la posibilidad de una sentencia favorable (finalidad privada) y, simultáneamente, preservar la seriedad y eficiencia de la función judicial (finalidad pública). Dicho de otro modo, las medidas cautelares tienden a impedir que durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la iniciación de un proceso y el pronunciamiento de la decisión final sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite o dificulte su ejecución, tornando inoperante el despliegue de la actividad jurisdiccional.

⁴ Cabe recordar al respecto que, según el art. 210, CPCCN de Misiones, "Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes del proceso, si tratándose de obligación exigible no se interpusiere la demanda dentro de los diez días al de su traba". Y que una previsión similar es susceptible de ser encontrada en cuanto código ritual legisle sobre materia cautelar.

⁵ Conclusión del XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Santa Fe, 1995). Véase, QUIROZ FERNÁNDEZ, Juan Carlos, "Congresos Nacionales de Derecho Procesal, Conclusiones", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, pág. 269.

recientemente incorporados al rito civil misionero, *stricto sensu*, se consideran incluidos bajo la genérica denominación de "procesos urgentes".

III. Medidas autosatisfactivas

III-1. Concepto

Sobre la base de las conclusiones del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal⁶ y la noción propuesta por Jorge Peyrano⁷, se denominan medidas autosatisfactivas o de efectividad inmediata a las soluciones judiciales urgentes, autónomas, no cautelares, despachables *in extremis* (es decir, en situaciones excepcionales, en las que no existen otros remedios más idó-

neos), previa audiencia breve (en ocasiones, *inaudita et altera pars*) y mediante una fuerte probabilidad de que los planteos sean atendibles. Se trata de requerimientos apremiantes formulados al órgano jurisdiccional que se agotan -de ahí lo de autosatisfactivas- con su pronunciamiento favorable, no siendo necesario, entonces, la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal para evitar su caducidad o decaimiento.

La aparición y posterior aceptación de este instituto, cuyos orígenes se remontan a las últimas décadas del siglo pasado, vino a llenar un vacío que determinaba que los justiciables se vean forzados a dar inicio, con evidente per-

juicio para la Administración de Justicia, a procesos principales que no deseaban incoar y que, a veces, hasta encontraban inconvenientes en promover, en aras de lograr y mantener una solución expedita frente a ciertas situaciones urgentes que los aquejaban⁸.

III-2. Antecedentes legislativos, vigentes y proyectados

En la República Argentina, y sin perjuicio del moderno ordenamiento de rito civil de Misiones, la medida autosatisfactiva ha sido receptada por los Códigos Procesales Civiles y Comerciales de las Provincias de Corrientes⁹, Chaco¹⁰, La Pampa¹¹ y Santiago del Estero¹². Asimismo, por la Ley 11.529,

⁶ *Ibidem*, págs. 284 y 285.

⁷ PEYRANO, Jorge. "La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela...", ob. cit., en la obra colectiva *Medidas autosatisfactivas*, ob. cit., pág. 13.

⁸ PEYRANO, Jorge. "Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia". *Medidas autosatisfactivas*, JA 1997-II-926.

⁹ CPCC, Corrientes, según Ley 5.745.

Artículo 785. "Medidas autosatisfactivas. Caracterización. Ante solicitud fundada de parte, explicando con claridad en qué consisten sus derechos y su urgencia y aportando todos los elementos probatorios que fundamenten la petición y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, el juez o tribunal deberá excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas, según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente y se podrá exigir la prestación de caución real o personal, determinando en estos casos la vigencia.

Artículo 786. "Presupuestos: Para poder dictar resolución favorable se presuponen la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) Que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación procesal o de fondo. b) Que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines c) Se podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que se dicten y disponer, a solicitud de parte, prorrogas de las mismas".

Artículo 787. "Sustanciación: Los jueces deberán decretar directamente la medida autosatisfactiva solicitada o, excepcionalmente según fueren las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiere la posibilidad de ser oído".

Artículo 788. "Suspensión provisoria: Se podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afectare, en el supuesto que acreditare "prima facie" la existencia de la posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo ofrecimiento y prestación de contracautela suficiente".

Artículo 789. "Impugnación: El legitimado para contradecir la medida autosatisfactiva ordenada, podrá optar para impugnarla entre la interposición directa del recurso de apelación que será *concedido* en su caso, con efecto devolutivo, o iniciar un proceso declarativo general sumario de oposición cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada. Elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra. Artículo 790. "Principios de instrumentalidad. Caducidad: No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar".

¹⁰ CPCC, Chaco, Artículo 232 bis, según Ley 4559: "Los jueces a pedido fundado de parte, respaldado por prueba que demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, deberán excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas. Según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente por el juez, este podrá exigir la prestación de cautela suficiente. Los despachos favorables de medidas autosatisfactivas presuponen la concurrencia de los siguientes recaudos y quedarán sujetas al régimen que a continuación se describe: a) Que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal; b) Que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines; c) Los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que despacharen y disponer, a solicitud de parte, prorrogas de las mismas. No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar; d) Los jueces deberán despachar directamente la medida autosatisfactiva solicitada o, excepcionalmente según fueren las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiere la posibilidad de ser oído; e) El legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva ordenada, podrá optar para impugnarla entre la interposición directa del recurso de apelación que será *concedido* en su caso, con efecto devolutivo, o iniciar un juicio declarativo general sumario de oposición cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada. Elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra. También podrán solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afectare, en el supuesto de que acreditare prima facie la existencia de la posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo ofrecimiento y prestación de contracautela suficiente".

¹¹ CPCC, La Pampa, Artículo 305: "Medidas autosatisfactivas. Quien se encuentre en la situación prevista por los artículos 302 de este Código y 1º de la Ley 703, la que la modifique o sustituya, y sostenga que la protección de su interés jurídico no requerirá de la ulterior promoción de un proceso de conocimiento, podrá solicitar al juez que adopte las medidas autosatisfactivas que sean necesarias, en caso de que la protección judicial no pueda ser lograda por otra vía legal eficaz. Para ello deberá explicar con claridad en qué consisten sus derechos y su urgencia y aportar todos los elementos probatorios que fundamenten la petición. El juez se pronunciará con la urgencia que el caso requiera, concediendo o denegando la medida. Cuando sea posible, la sustanciará previa y brevemente con quien corresponda. Al decretar la medida, el juez podrá: 1º) Exigir al peticionante caución real o personal. En este caso, determinará cuál ha de ser su vigencia. 2º) Limitar la vigencia temporal de la medida, sin perjuicio de su ulterior prórroga. Podrá también modificarla, sustituirla o dejarla sin efecto, cuando las circunstancias ulteriores lo justifiquen. A las medidas autosatisfactivas no les será aplicable el art. 201. El legitimado para oponerse a la medida, podrá: a) pedir su suspensión, en caso de que pueda sufrir un perjuicio de imposible o difícil reparación; para ello deberá ofrecer caución suficiente. b) Interponer recurso de revocatoria. El mismo deberá ser acompañado de toda la prueba que lo fundamente. El juez lo resolverá sin más trámite o lo sustanciará en forma breve, cuando exista posibilidad de hacerlo. c) Interponer recurso de apelación, directo o en subsidio al de revocatoria, que será *concedido* en efecto devolutivo. d) promover el proceso de conocimiento que corresponda, cuya iniciación no afectará por sí sola la vigencia de la medida. Interpuesto el recurso de apelación se pierde la posibilidad de iniciar este proceso".

¹² CPCC, Santiago del Estero, según Ley 6910. Artículo 37. "Medidas autosatisfactivas. Los jueces, ante solicitud fundada de parte, explicando con claridad en qué consisten sus derechos y su urgencia y aportando todos los elementos probatorios que fundamentan la petición y la necesidad impostergable de obtener tutela judicial inmediata, podrán, excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas. Según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente por el juez, éste podrá exigir la prestación de cautela suficiente.

Para el despacho favorable de medidas autosatisfactivas se requerirá la concurrencia de los siguientes requisitos:

1) Que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho, producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal; 2) Que el interés del postulante se circunscriba de manera evidente a obtener la solución de urgencia requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines.

Los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que despacharen y también podrán disponer, a solicitud de parte, prorrogas de aquéllas. No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad, propios del proceso cautelar.

Asimismo podrán despachar directamente la medida solicitada o, excepcionalmente y según las circunstancias del caso y la materia sobre la que versa aquella, someterla a una previa y reducida sustanciación con el destinatario de las mismas, cuyo plazo y modalidad serán determinados prudencialmente por el juez.

La medida será apelable, recurso que se concederá con efecto devolutivo".

contra la Violencia Familiar, de la Provincia de Santa Fe¹³. Incluso antes que todos esos, los proyectos de Códigos Procesales Civiles y Comerciales para la Nación, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Provincia de Buenos Aires, incluirían, en sus respec-

tivos artículos 67, a las "medidas de efectividad inmediata"¹⁴.

Más recientemente, su incorporación sería propuesta respecto de otros Códigos de Rito Civil, tales como Santa Fe¹⁵, San Juan¹⁶, Mendoza¹⁷ y Neuquén¹⁸.

III-3. Caracteres. Diferencias y similitudes con las medidas cautelares

Las medidas autosatisfactivas se asemejan a las medidas cautelares en tanto ambos institutos:

- ¹³ Ley 11.529, de Violencia Familiar, Santa Fe. Artículo 5. "*Medidas Autosatisfactivas*. El juez interviniente, al tomar conocimiento de los hechos denunciados, medie o no el informe a que refiere el artículo anterior, podrá adoptar de inmediato alguna de las siguientes medidas, a saber: a) Ordenar la exclusión del agresor de la vivienda donde habita con el grupo familiar, disponiendo – en su caso – la residencia en lugares a los fines de su control. b) Prohibir el acceso del agresor al lugar donde habita la persona agredida y/o desempeña su trabajo y/o en los establecimientos educativos donde concurre la misma o miembros de su grupo familiar. c) Disponer el reintegro al domicilio a pedido de quien ha debido salir del mismo, por razones de seguridad personal. d) Decretar provisoriamente cuota alimentaria, tenencia y derecho de comunicación con los integrantes del grupo familiar, sin perjuicio de la aplicación de las normas vigentes de similar naturaleza. e) Recabar todo tipo de informes que crea pertinente sobre la situación denunciada, y requerir el auxilio y colaboración de las instituciones que atendieron a la víctima de la violencia.

El juez tendrá amplias facultades para disponer de las precedentes medidas enunciativas en la forma que estime más conveniente con el fin de proteger a la víctima; hacer cesar la situación de violencia, y evitar la repetición de hechos de agresión o malos tratos. Podrá asimismo, fijar a su arbitrio y conforme a las reglas de la sana crítica el tiempo de duración de las medidas que ordene, teniendo en cuenta el peligro que pudiera correr la persona agredida; la gravedad del hecho o situación denunciada; la continuidad de los mismos; y los demás antecedentes que se pongan a su consideración. Posteriormente a la aplicación de las medidas urgentes antes enunciadas, el juez interviniente deberá dar vista al Ministerio Público y al presunto autor de la agresión a los fines de resolver el procedimiento definitivo a seguir".

¹⁴ En los tres proyectos, sobre la base del siguiente texto: "*Medidas de efectividad inmediata*. En aquellos supuestos excepcionales en que concurren de modo evidente los siguientes requisitos: 1. Se acredite la existencia de un interés tutelable cierto y manifiesto; 2. Su tutela inmediata es imprescindible, produciéndose en caso contrario su frustración; 3. No fuere necesaria la tramitación de un proceso de conocimiento autónomo; se podrán disponer las medidas que la índole de la protección adecuada indique, bajo responsabilidad del peticionario. Si el juez lo entendiere necesario, requerirá contracautela".

¹⁵ El proyecto de reforma del CPCC de Santa Fe prevé agregar al vigente art. 290 lo siguiente: "Los jueces podrán decretar, prudencial y excepcionalmente, medidas urgentes distintas de las reguladas expresamente en este código. Requiriéndose una solución urgente no cautelar, podrá solicitarse el despacho de una medida autosatisfactiva cuando existiere una palmaria verosimilitud del derecho alegado, previa prestación de contracautela que podrá dispensarse en mérito a las circunstancias del caso. El pedido, que deberá aportar elementos probatorios prima facie de lo argumentado, será sustanciado exclusivamente mediante un traslado o la celebración de una audiencia. El tribunal podrá, excepcionalmente, ordenarla sin previa audiencia del destinatario cuando se demuestre prima facie la absoluta impostergabilidad de la solución requerida. La resolución que declare procedente una medida autosatisfactiva será apelable con efecto devolutivo, y cualquier incidencia que promoviere su destinatario no impedirá la ejecución de lo ordenado. La medida autosatisfactiva podrá ser sujeta a límites temporales prorrogables a pedido de parte, y no se encuentra sometida a los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar".

¹⁶ Proyecto de reforma CPCC, San Juan, Art. 694. "*Satisfacción inmediata de pretensión*. Trámite. Oposición y recursos. Los jueces, a pedido fundado de parte, respaldado por prueba que demuestre una probabilidad cierta de su atendibilidad y que es impostergable prestarle tutela judicial inmediata, podrán excepcionalmente otorgarla sin necesidad de un proceso autónomo.

Podrán exigir una garantía suficiente, valorando motivadamente las circunstancias del caso.

Los despachos favorables de esta protección presuponen la concurrencia simultánea de los siguientes recaudos:

1) La necesidad de satisfacer una obligación incondicionada impuesta por ley, o hacer cesar de inmediato conductas o vías de hecho, producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo.

2) Que el postulante limite su interés a obtener una solución de urgencia no cautelar que no se extienda a la declaración judicial de derechos conexos o afines, y sostenga que la protección de su interés jurídico no requerirá de la ulterior promoción de un proceso de conocimiento.

El juez, previo a despachar la decisión, deberá oír a la contraparte, en una breve sustanciación, aplicando en lo pertinente las normas sobre incidentes. Según las circunstancias del caso, podrá ordenar derechamente la medida, posponiendo la sustanciación para cuando aquélla se hubiere cumplido. En todos los casos la resolución deberá ser notificada al afectado personalmente o por cédula.

El legitimado que se hubiere opuesto o no hubiere sido citado podrá impugnarla mediante recurso de apelación sin efecto suspensivo o mediante juicio declarativo de oposición, y en su caso de daños y perjuicios el que tramitará como proceso abreviado. Este juicio también podrá ser deducido por quienes no hubieren deducido oposición. Elegida una vía de oposición, no podrá ser ejercida otra".

¹⁷ Proyecto CPCC Mendoza. Art. 402: "*Tutela autosatisfactiva*. La tutela de un interés para el que no fuere necesaria la tramitación de un proceso autónomo se regirá por las reglas que establezcan las leyes que específicamente la regulen.

En defecto de éstas, y no resultando más idóneas otras medidas urgentes, si se demuestra que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, el Tribunal puede ordenar medidas autosatisfactivas siempre que la petición resulte atendible por fundarse en un interés cierto y manifiesto, respaldado por prueba que demuestre un derecho cuya declaración no se extienda a otros conexos o afines. Rígen las reglas del proceso sumarísimo, salvo las siguientes disposiciones específicas:

1. Cuando circunstancias graves lo impongan, el Tribunal puede reducir plazos, omitir traslados y suprimir etapas. El Tribunal podrá o no exigir contracautela, pero la eximición de contracautela se juzgará con criterio restrictivo cuando la medida haya sido ordenada sin traslado a la contraria.

2. Si no se han omitido todas las etapas, la primer resolución debe expedirse dentro de un día de recibida la demanda.

3. La decisión que acoge o rechaza la medida debe ser dictada el plazo máximo de cinco días y deja subsistente el ejercicio de las acciones ordinarias que puedan corresponder a las partes.

La que concede lo pedido debe contener:

a) La determinación precisa de lo que debe o no hacerse o de lo que debe darse.

b) El plazo para el cumplimiento de lo resuelto. El Tribunal puede fijar límites temporales y disponer prórrogas.

c) La expresión concreta del obligado a cumplir la medida.

d) No habrá condenación en costas si el accionado cesara en los hechos, actos u omisiones que motivaron la acción antes de contestar la demanda, o en defecto de traslado, inmediatamente después de notificado de la medida.

4. La notificación de la sentencia se diligenciará en el plazo de un día:

a) Por cédula a través de la oficina centralizada de notificaciones y medidas judiciales, o por el oficial de justicia ad-hoc que el Tribunal designará entre su personal, o por el juez de Paz respectivo, o por las autoridades policiales del lugar;

b) Por acta notarial, carta documento o por telegrama colacionado cuando la parte interesada suministre los fondos.

5. Puede impugnarse por acción declarativa, o por recurso de apelación. Elegida una vía de impugnación se perderá la posibilidad de hacer valer la otra.

La acción declarativa no suspenderá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada.

El recurso de apelación debe interponerse dentro del plazo de dos días, debiendo fundarse en el escrito de interposición. Debe ser acordado o denegado en el día y elevado por el secretario en el plazo de un día de quedar en condiciones. En la Alzada, el plazo de traslado de la expresión de agravios al apelado será de tres días, y el plazo para dictar resolución de cinco.

6. Puede solicitarse la suspensión provisoria de la medida si se acredita "prima facie" el riesgo de sufrir un perjuicio de imposible o difícil reparación, y se presta contracautela suficiente".

¹⁸ Proyecto CPCC, Neuquén.

Alternativa uno. Artículo 230: "Situaciones excepcionales. En situaciones excepcionales y cuando se acreditara fehacientemente la existencia de grave riesgo para derechos constitucionales, el juez podrá decretar las medidas que entienda útiles para su protección, pudiendo, a su arbitrio, reducir los plazos, limitar provisoriamente o diferir el contradictorio, requiriendo, si así lo estimare conveniente las contracautelas del caso".

Alternativa dos. Artículo. 230: "Medidas de efectividad inmediata. En aquellos supuestos excepcionales en que concurren en modo evidente los siguientes requisitos:

1. Se acredite la existencia de un interés tutelable cierto y manifiesto.

2. Su tutela inmediata sea imprescindible, produciéndose en caso contrario su frustración.

3. No fuere necesaria la tramitación de un proceso de conocimiento autónomo.

Se podrán disponer las medidas que la índole de la protección adecuada indique, bajo la responsabilidad del peticionario. Si el juez lo entendiere necesario requerirá contracautela".

a) Revisten carácter urgente, desde que el factor tiempo tiene vital trascendencia en miras a la efectiva protección de la pretensión.

b) Requieren como presupuesto la concurrencia de peligro en la demora, entendido como necesidad de tutela judicial inmediata para evitar la frustración del derecho invocado.

c) Pueden decretarse *in audita et altera pars*. En principio, el juez fundará su decisión en los hechos que afirme y acredite el peticionario, sin oír previamente a la parte contraria. Cabe señalar, sin embargo, que tratándose de medidas autosatisfactivas, se advierte la tendencia a asumir como pauta general su previa sustanciación. Algo similar sucede, aunque embrionariamente, en materia de medidas cautelares¹⁹.

d) Son de ejecutabilidad inmediata, desde que los recursos deducidos en contra de las resoluciones cautelares y las sentencias autosatisfactivas se conceden con efecto devolutivo (vale decir, no suspensivo).

Entre ambas existen, sin embargo, una multiplicidad de diferencias, a saber:

a) El despacho de una medida autosatisfactiva reclama fuerte probabilidad de que lo pretendido sea atendible y no el mero *fumus bonis iuris* o apariencia de buen derecho con que se contenta la medida cautelar. La distinción es sumamente importante, en tanto la verosimilitud exigida para las medidas cautelares es siempre superficial y superada en grado de conocimiento por la probabilidad exigida para las medidas autosatisfactivas²⁰.

El presupuesto de la fuerte probabilidad ha sido plasmado por las fuentes normativas, vigentes y proyectadas. Así, entre las primeras, verbigracia, por el art. 232 bis, CPCC de Chaco, que exige “prueba que demuestre probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible” (el subrayado nos pertenece). Entre las segundas, por los anteproyectos de reformas de Santa Fe²¹, San Juan²², Mendoza²³ y Neuquén²⁴.

b) A diferencia de la instrumentalidad²⁵ y provisionalidad²⁶ que caracteriza a las medidas precautorias, las medidas autosatisfactivas comportan un procedimiento autónomo, en el sentido de que no es tri-

butario ni accesorio de otro principal, y su despacho favorable acarrea la satisfacción definitiva de los requerimientos del peticionario, agotándose en sí mismo.

Para Enrique Falcón, en cambio, las medidas autosatisfactivas son provisionales y no definitivas. Lo que sucede –aclara– es que la provisionalidad no se puede dar antes de la concesión de la medida, sino después, ya que continuando con el contradictorio, se puede dejar sin efecto²⁷.

c) Como en las medidas cautelares, el dictado de las medidas autosatisfactivas podrá hacerse *in audita et altera pars*.

“Podrá” y no necesariamente, por cuanto la doctrina y la legislación admiten la posibilidad de una bilateralidad previa y reducida, subordinada a las circunstancias del caso y al prudente arbitrio judicial²⁸. En efecto, si media una fuerte probabilidad cercana a la certeza del derecho, la medida podrá disponerse sin oír a la contraparte; caso contrario se recomienda algún tipo de sustanciación rápida, a condición de ser compatible con la efectividad de lo pretendido y el carácter urgente de la pretensión²⁹.

¹⁹ Véase, PEYRANO, Jorge W., Problemas y soluciones procesales, Ed. Juris, Rosario, 2007, págs. 200 y ss., bajo el título “Tendencias pretorianas en materia cautelar”.

²⁰ CARBONE, Carlos. “Consideraciones sobre el nuevo concepto de ‘fuerte probabilidad’ como recaudo de las medidas autosatisfactivas y su proyección hacia un nuevo principio general de derecho de raíz procesal”, en la obra colectiva Medidas autosatisfactivas, ob. cit., págs. 161 a 181.

²¹ El Proyecto de CPCC de Santa Fe prevé agregar al vigente art. 290, en lo que aquí interesa, lo siguiente: “podrá solicitarse el despacho de una medida autosatisfactiva cuando existiere una palmaria verosimilitud del derecho alegado” (el destacado nos pertenece).

²² El Proyecto de CPCC de San Juan, art. 694, establece que “Los jueces, a pedido fundado de parte, respaldado por prueba que demuestre una probabilidad cierta de su atendibilidad y que es impostergable prestarle tutela judicial inmediata, podrán excepcionalmente otorgarla” (el destacado nos pertenece).

²³ El Anteproyecto de CPCC de Mendoza prevé que “el tribunal puede ordenar medidas autosatisfactivas siempre que la petición resulte atendible por fundarse en un interés cierto y manifiesto, respaldado por prueba que demuestre un derecho cuya declaración no se extienda a otros conexos o afines” (el destacado nos pertenece).

²⁴ El Anteproyecto de CPCC de Neuquén, alternativa dos, art. 230, subordina el otorgamiento de la medida, entre otras, a la circunstancia en que “se acredite la existencia de un interés tutelable cierto y manifiesto” (el destacado nos pertenece).

²⁵ Las medidas cautelares no son autónomas, sino subordinadas por la existencia de un proceso principal, al que sirven, garantizando la efectividad de su resultado. No tienen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente emparentadas a la emanación de una ulterior sentencia cuyo efectivo cumplimiento aspiran a garantizar. Se tratan, pues, “de instrumentos al servicio del otro instrumento, que es el proceso” (FAIREN GULLÉN, Víctor, La reforma del proceso cautelar civil español, en Revista de Derecho Procesal, 1^o época, del Colegio Nacional de Secretarios Judiciales, Madrid, 1966-IV, octubre – diciembre -con cita a Calamandrei y Liebman-, citado por PODETTI, Ramiro, Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral IV, Tratado de las medidas cautelares, 2^o edición, Ed. Ediar, Bs. As., 1969, pág. 17, nota N° 6).

²⁶ La provisionalidad de las medidas cautelares implica que, una vez ordenadas, el juez, mediante el recurso de reposición y al oír a la contraria, puede revocar su decisión; lo mismo puede hacer la Cámara si el afectado recurre en apelación (CPCCN, art. 198, 3^o párrafo). También puede ser modificada la medida o dejada sin efecto en cualquier momento del proceso si cambian las circunstancias que se tuvieron en cuenta al decretarla (CPCCN, arts. 202 y 203). A la inversa, la denegatoria inicial no impide que se la decrete posteriormente si varían los hechos o se completan los requisitos para su procedencia (ARAZI, Roland, Derecho Procesal Civil y Comercial, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, T. II, pág. 116).

²⁷ FALCON, Enrique. “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, concordado y anotado”, 2^o edición, Ed. Lexis Nexis – Abeledo Perrot, Bs. As., 2008, T. III, págs. 189 y 190. Pensamos, sin embargo, que el citado maestro incurre en una confusión, al asimilar el concepto de “proceso definitivo” con la noción de “sentencia definitiva, pasada en autoridad de cosa juzgada”. El tipo procesal medida autosatisfactiva, considerado de principio a fin, es definitivo. En todo caso, su sentencia de primer grado y, eventualmente, la pronunciada por la Alzada, en tanto que acto procesal susceptible de ser recurrido o impugnado mediante acción declarativa posterior, será provisoria. Y ello es así porque el proceso autosatisfactivo no se agotó con el dictado de aquel fallo. Lo mismo sucede con la sentencia dictada en cualquier otro tipo de proceso contencioso cuando es recurrida (vía apelación o recurso extraordinario) o, eventualmente, cuando su firmeza resulta cuestionada por irrita o fraudulenta. Y no por ello diremos que ese proceso (de cobro de pesos, de amparo, de reivindicación, etcétera) es provisorio. Porque el proceso no concluyó con el pronunciamiento del fallo. El proceso, como unidad, recién finalizará cuando esa sentencia, por firme o ejecutoriada, adquiera la inmutabilidad inherente a la cosa juzgada.

²⁸ En la legislación, los arts. 637, 787, 232 bis y 37, de los Códigos Procesal Civiles y Comerciales de las Provincias de Misiones, Corrientes, Chaco y Santiago del Estero, respectivamente, establecen que los jueces podrán “decretar directamente la medida [...] o, excepcionalmente según fuesen las circunstancias del caso y la materia sobre la que versa, someterla a una previa y reducida sustanciación”. En consonancia, el art. 305, CPCC de La Pampa dispone que “el juez se pronunciará con la urgencia que el caso requiera, concediendo o denegando la medida. Cuando sea posible, la sustanciará previa y brevemente con quien corresponda” (en todos los casos, los destacados nos pertenecen).

²⁹ DE LOS SANTOS, Mabel. “Medida autosatisfactiva y medida cautelar” (semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales), en Revista de Derecho Procesal, N° 1, Medidas cautelares, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, págs. 37 y ss., con cita a BERIZONCE, Roberto, La tutela anticipatoria en Argentina (estado actual de la doctrina y antecedentes legislativos), en JA, Semanario N° 6093, del 10/06/98, pág. 13. También para HEÑIN, en todos los casos en que no existiera peligro de frustración del derecho a asegurar o marcada necesidad de resolver la cuestión en forma inmediata, el juez puede darle la posibilidad de audiencia a la contraria en un plazo breve. Sucede que –se pregunta el jurista chaqueño– no es mejor dictar una resolución de este tipo luego de oír a ambas partes si no existe tal riesgo de frustración del derecho? Véase, HEÑIN, Fernando, Modernos institutos procesales, Ed. Contexto, Resistencia, 2009, pág. 77; del mismo autor, Las medidas autosatisfactivas como forma de tutela diferenciada: importancia para remover vías de hecho, constitucionalidad, excepcionalidad y límites, en Libro de ponencias del XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, pág. 136. Asimismo para Falcón, como el primer requisito de la medida autosatisfactiva es un grado de conocimiento especial, éste es el de la evidencia del derecho, llamada de distintas maneras, y como podría asimilarse a esa evidencia con una probabilidad cercana a la certeza, siempre es necesario admitir la eventual bilateralidad. Véase, FALCON, Enrique, Código Procesal..., ob. cit., T. III, pág. 188.

Cabe precisar, asimismo, que se advierte una evolución tendiente a asumir como pauta general la previa sustanciación de la medida³⁰. Ello así sobre la base de los varios anteproyectos en cuya virtud el breve traslado representaría el principio y la postergación del contradictorio la rigurosa excepción, únicamente prevista para aquellos casos en los que se demuestre “absoluta imposterabilidad de la solución requerida”. Tales los Proyectos de Códigos Procesales Civiles y Comerciales para las Provincias de Santa Fe³¹ y San Juan³².

d) Como regla, la efectivización de la medida autosatisfactiva depende de la prestación de una contracautela, también requerida tratándose de medidas precautorias. Empero, y con la salvedad del Código Procesal Civil y Comercial de La Pampa, cuyo art. 305 establece como imperativo “exigir al peticionante caución real o personal”, las restantes fuentes autorizan a prescindir de la imposición de dar fianza, según las circunstancias del caso, especialmente si ha mediado una sustanciación previa a su despacho³³.

En efecto, según los de los Códigos Procesales Civiles de Misiones, Chaco, Corrientes y Santiago de Estero, el juez “podrá exigir” la prestación de cautela

(arts. 636 in fine; 232 bis, 785 y 37, respectivamente)³⁴. Se trata, entonces, de una facultad discrecional del magistrado, quien, frente a las circunstancias del caso (tomando en cuenta, por ejemplo, la naturaleza de la pretensión, la inminencia del perjuicio que pueda causar el hecho denunciado, etcétera), decidirá si exige contracautela o no, y de qué tipo (a cuyo efecto deberá meritarse, verbigracia, los medios económicos del actor, la magnitud de los daños a generarse si la medida fuera pedida sin derecho, etcétera)³⁵.

e) Tal como dicen los códigos procesales provinciales que las regular³⁶, su procedencia es excepcional o in extremis, pues reclama la previa verificación de la urgencia como factor intrínseco y no como capricho elusivo de las vías procesales comunes³⁷, y están especialmente destinadas a obtener la cesación de vías de hecho (CPCC de Misiones, art. 636, inc. a). Tales particularidades han sido reconocidas, también, en certámenes científicos³⁸.

f) Si bien las medidas cautelares y autosatisfactivas se caracterizan por su ejecutabilidad inmediata (los recursos que en contra de tales decretos se interpongan se concederán con efecto devolutivo), los destinatarios o afectados

por las segundas están habilitados, de acuerdo a los códigos vigentes, a solicitar la suspensión provisoria de aquellas “en el supuesto que acreditare prima facie la existencia de la posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo ofrecimiento y prestación de contracautela suficiente” (CPCC Misiones, art. 639; Corrientes, art. 788; CPCC Chaco, art. 232 bis, in fine; CPCC La Pampa, art. 305).

g) Finalmente, mientras las medidas cautelares son mutables o flexibles, en el sentido de reemplazables³⁹, las medidas autosatisfactivas son insustituibles por la razón de que el objeto que persiguen es la satisfacción de la pretensión misma⁴⁰.

III-4. Diferencias y similitudes con el proceso de amparo

Las medidas autosatisfactivas y la acción de amparo tienen en común: a) La pertenencia o inclusión en el género de los llamados “procesos urgentes” (lato sensu); b) La autonomía procedimental; c) La circunstancia de que su despacho favorable acarrea la satisfacción definitiva de la pretensión del peticionario.

Difieren, sin embargo, por las siguientes razones:

a) Aun cuando puede acordarse una sustanciación sumaria anterior a su

³⁰ EGUREN, Carolina. “Las medidas autosatisfactivas: El gran salto evolutivo del Derecho Procesal contemporáneo”, en la obra colectiva *Activismo y garantismo procesal*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, pág. 136.

³¹ El Proyecto de CPCC de Santa Fe prevé agregar al vigente art. 290, en lo que aquí interesa, lo siguiente: “El pedido [...] será sustanciado exclusivamente mediante un traslado o la celebración de una audiencia. El tribunal podrá, excepcionalmente, ordenarla sin previa audiencia del destinatario cuando se demuestre prima facie la absoluta imposterabilidad de la solución requerida” (los destacados nos pertenecen).

³² El Proyecto de CPCC de Santa Fe prevé agregar al vigente art. 290, en lo que aquí interesa, lo siguiente: “El pedido [...] será sustanciado exclusivamente mediante un traslado o la celebración de una audiencia. El tribunal podrá, excepcionalmente, ordenarla sin previa audiencia del destinatario cuando se demuestre prima facie la absoluta imposterabilidad de la solución requerida” (los destacados nos pertenecen).

³³ El Proyecto de CPCC de San Juan, art. 694, establece que: “El juez, previo a despachar la decisión, deberá oír a la contraparte, en una breve sustanciación, aplicando en lo pertinente las normas sobre incidentes. Según las circunstancias del caso, podrá ordenar derechamente la medida, posponiendo la sustanciación para cuando aquella se hubiere cumplido (los destacados nos pertenecen)”

³⁴ DE LOS SANTOS, Mabel, “Medida autosatisfactiva y medida cautelar...”, ob. cit., en *Revista de Derecho Procesal*, ob. cit., pág. 48.

³⁵ El Proyecto de CPCC de Santa Fe prevé, en lo que aquí concierne: “...podrá solicitarse el despacho de una medida autosatisfactiva [...] previa prestación de contracautela que podrá dispensarse en mérito a las circunstancias del caso.” Asimismo, para los Anteproyectos de CPCC para la Nación, Neuquén, ciudad autónoma y Provincia de Buenos Aires, (solamente) “si el juez lo entendiera necesario requerirá contracautela”. También el Anteproyecto de CPCC de Mendoza establece que “El tribunal podrá o no exigir contracautela, pero la imitación de la contracautela se juzgará con criterio restrictivo cuando la medida haya sido ordenada sin traslado a la contraria” (en todos los casos, los destacados nos pertenecen).

³⁶ ACOSTA, José V. “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes. Comentado, anotado y concordado”, Ed. Mave, Corrientes, 2008, T. VI-A, pág. 119.

³⁷ Recordemos que el art. 232 bis del CPCC del Chaco prescribe: “Los jueces [...] deberán excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas”. También el art. 785 del CPCC de Corrientes establece que “el juez o tribunal deberá, excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas...” (en ambos casos, el destacado nos pertenece). Lo mismo sucede en el régimen del CPCC de Misiones, art. 636 y Santiago de Estero, art. 37.

³⁸ EGUREN, Carolina. “Las medidas autosatisfactivas...”, ob. cit., en el libro colectivo *Activismo y garantismo procesal*, ob. cit., pág. 138. En idénticos términos, PEYRANO, Jorge, *Problemas y soluciones procesales*, ob. cit., pág. 228. También para Acosta, no resulta legítimo invocar cualquier remedio como sucedáneo del que estamos analizando y (solamente) cabe tener como idónea para el concreto la vía que, al mismo tiempo, proporcione una urgente tutela al derecho amenazado, sin imponer al contrario mayores limitaciones que la autosatisfactiva (ACOSTA, José V., *Código Procesal...*, ob. cit., T. VI-A, pág. 129).

³⁹ En el XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Corrientes en agosto de 1997, se estableció como conclusión al respecto que: “La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar, despachable in extremis, que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que recama una pronta y expedita intervención del órgano jurisdiccional” (el destacado nos pertenece).

⁴⁰ Según los ordenamientos vigentes (en particular, art. 203, CPCCN), cuando la medida no cumpla adecuadamente la función de garantía a la que está destinada, el acreedor podrá pedir su ampliación, mejora o sustitución. El deudor, a su turno, podrá requerir la sustitución de la medida por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que garantice suficientemente el derecho del acreedor.

⁴⁰ FALCON, Enrique, *Código Procesal...*, ob. cit., T. III, pág. 189.

despacho, las medidas autosatisfactivas asimismo pueden ser resueltas in audita et altera pars. En cambio, la sentencia de mérito del amparo requiere, como presupuesto de validez, la previa contradicción (participación efectiva u oportunidad suficiente) con el demandado.

b) El amparo no concede soluciones tan prontas como las proporcionadas por las medidas autosatisfactivas⁴¹. Desafortunadamente las prácticas forenses demuestran que la sustanciación de la acción de amparo desnaturalizó, si no tornó letra muerta, la promesa constitucional del proceso rápido y expedito.

c) El amparo, por principio, está concebido para la protección de derechos o garantías fundamentales. Puede suceder, en cambio, que se emitan medidas autosatisfactivas sin que medie conculcación de prerrogativas constitucionales o de rango equiparado⁴².

d) La sentencia que decreta una medida autosatisfactiva será de ejecutabilidad inmediata y, por consiguiente, los recursos que contra ella se interpongan serán concedidos con efecto devolutivo. Por el contrario, las apelaciones y recursos extraordinarios que se deduzcan en contra de las sentencias de amparo serán concedidos, como regla, con efecto suspensivo.

e) A diferencia de lo que ocurre con el amparo, el despacho de una medida autosatisfactiva exige, en principio y como presupuesto para su efectivo cumplimiento, del otorgamiento de contracautela suficiente por parte del peticionario.

III-5. Procedimiento

Señala Luis Gardella⁴³ que la solicitud de una medida autosatisfactiva deberá cumplir, lógicamente, los requisitos de admisibilidad intrínseca y extrínseca de

cualquier demanda. Se recomienda, sin embargo, que el peticionario sea particularmente explícito en su pretensión y haga hincapié en la concurrencia de los presupuestos que condicionan su otorgamiento: fuerte probabilidad del derecho invocado, urgencia y peligro en la demora.

Introducida la demanda, el juez formulará a su respecto un primer juicio de admisibilidad relativo: 1) A los aspectos formales que son comunes a todos los procesos, a saber: competencia, capacidad procesal y para ser parte, legitimación, denuncia de domicilio real y constitución del procesal, patrocinio letrado, etcétera; y, 2) A los requisitos que específicamente atañen a la medida autosatisfactiva.

De ese juicio puede resultar:

a) Que el juez rechace sin más la medida.

b) Que decida despacharla inaudita pars.

c) Que resuelva condicionar el pronunciamiento sobre el mérito de la medida a una breve sustanciación. A cuyo efecto ordenará un acotado traslado o convocará a una audiencia (en el caso del Código Misionero, art. 637, ambas formas de sustanciación se notificarán por cédula, acta notarial o carta documento, que se diligenciarán con habilitación de días y horas) de la que participarán las partes y, si el supuesto lo requiere, el Ministerio Público o Pupilar. El único apercibimiento en caso de incomparecencia será que el juez resolverá sin más trámite.

III-6. Impugnación

Según Marcos Peyrano⁴⁴, la medida autosatisfactiva posee vías impugnativas propias, incluso más amplias que las previstas para las medidas cautelares, pudiendo el legitimado, para contradecir los resultados de una decisión de este

tipo, optar entre:

a) Interponer recurso de revocatoria con o sin apelación subsidiaria - o apelación directa (CPCC de Misiones y La Pampa). O deducir recurso de apelación (CPCC Corrientes, Chaco y Santiago del Estero). En cualquiera de los casos con efecto devolutivo o no suspensivo.

b) Iniciar un proceso autónomo, declarativo y sumario de oposición, cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la orden judicial impugnada. Con la aclaración de que elegida una vía de impugnación (recurso o proceso declarativo autónomo), se perderá la posibilidad de hacer valer la otra.

c) A condición de demostrar el riesgo de sufrir un perjuicio de imposible o de difícil reparación ulterior y prestar suficiente contracautela, el afectado podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida.

A su vez, cuando la medida es rechazada, el solicitante podrá oponer recurso de apelación o promover el proceso de conocimiento que corresponda (CPCC de Misiones, art. 638 in fine).

III-7. Constitucionalidad⁴⁵

La circunstancia de que la medida autosatisfactiva pueda despacharse inaudita et altera pars, eludiéndose a priori la bilateralidad (principio fundamental, imbricado en la garantía del debido proceso), prorrogándose a una instancia recursiva o, eventualmente, a la promoción ulterior de un proceso de conocimiento autónomo, despertó suspicacias y generó algunos cuestionamientos en torno a su constitucionalidad.

Así, por ejemplo, para Adolfo Alvarado Velloso, la sentencia autosatisfactiva, en tanto descarta la bilateralidad, esencia del diálogo procesal, aceptando la unilateral afirmación del actor en el sentido de que tiene un derecho liti-

⁴¹ PEYRANO, Jorge. "Reformulación de la teoría de las medidas cautelares...", ob. cit., JA 1997-II-926.

⁴² Ibídem.

⁴³ GARDELLA, Luis. "Medidas autosatisfactivas: Principios constitucionales aplicables. Trámite. Recursos", en el libro colectivo Medidas autosatisfactivas, ob. cit., págs. 262 y ss.

⁴⁴ PEYRANO, Marcos. "La medida autosatisfactiva y el derecho de defensa", en la obra colectiva Medidas autosatisfactivas, ob. cit., pág. 237.

⁴⁵ En punto a la cuestión, entre otros, véase ACOSTA, José V., Código Procesal..., ob. cit., T. VI-A, págs. 112 y ss.; GOZAINI, Osvaldo, Elementos de Derecho Procesal Civil, Ed. Astrea, Bs. As., 2005, págs. 507 y ss.; PEYRANO, Marcos, La medida autosatisfactiva y el derecho de defensa, en la obra colectiva Medidas autosatisfactivas, ob. cit., págs. 237 y ss.

gioso cuya solución es de tal urgencia que merece no oír a su contraparte, violenta el art. 18 de la Constitución Nacional pues se emitirá condena sin dar audiencia previa a quien sufrirá sus efectos. De la misma forma, se practica unilateralmente toda la prueba necesaria para lograr en el juez la convicción de la razón expuesta por el actor [...] y con esto también se violenta el art. 18 de la Constitución Nacional, en cuanto se impide el control de la prueba de cargo y se elimina la posibilidad de presentar la de descargo. Además, se rompe el principio de igualdad ante la ley, al tolerarse la admisión unilateral de una pretensión principal presentada bajo la forma de una suerte de cautela, autorizándose al juez –para colmo de males- a no exigir contracautela de rigor para su admisión por los daños y perjuicios que el pedido indebido pudiera generar al afectado⁴⁶.

Empero una decidida respuesta no se hizo esperar: El derecho constitucional de ser oído no puede ser derogado o preterido más, como sucede en materia cautelar, puede ser razonablemente reglamentado, diferido o prorrogado cuando las circunstancias así lo recomiendan. Es que los derechos y las garantías fundamentales no pueden ser entendidos de manera absoluta, en tanto se encuentran limitados por otros derechos y principios con los que conviven y también dimanar del ordenamiento jurídico.

Concretamente, la bilateralidad debe convivir con otras promesas de igual jerarquía, tales como el imperativo preambular de afianzar la justicia, que íntimamente vinculado a las garantías de la tutela judicial efectiva y el proceso de duración razonable, aconsejan, in extremis y frente a situaciones de ur-

gencia, acotar o eventualmente diferir el ortodoxo contradictorio.

Por lo demás, el destinatario o afectado por una medida autosatisfactiva dispone siempre de la chance de audiencia: a) En algunos casos, y según vimos es tendencia, previo a su dictado y en forma reducida, a condición de ser compatible con la efectividad de lo pretendido y el carácter urgente de la pretensión; b) Y en todas las hipótesis, con posterioridad a su despacho, mediante la amplia gama de acciones impugnativas explicitadas en el título anterior.

8. Casos en los que procede o puede proceder

Sin pretender realizar una enumeración taxativa, y a título meramente ejemplificativo, las medidas autosatisfactivas han sido o podrían ser acordadas en los siguientes casos:

a) Cese de intromisiones al derecho a la intimidad: Cuando la esfera protegida de la intimidad de un sujeto es violentada, y esa persona no tiene interés en demandar a quienes lo molestan, ni desea reclamar en contra de éstos un resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados, sino solamente hacer cesar las intromisiones perturbadoras, podría canalizar su pretensión a través de una medida autosatisfactiva.

Verbigracia, con fundamento en el derecho personalísimo a la intimidad, en una especie se hizo lugar a la medida autosatisfactiva solicitada frente a la publicación en una página de internet de una fotografía trucada de una joven donde lo únicamente real era el rostro de la actora, acompañada de datos precisos sobre su identidad y frases lesivas hacia su persona⁴⁷.

b) Protección del derecho a la salud: Las medidas autosatisfactivas han sido

empleadas exitosamente para solucionar en forma inmediata situaciones urgentes en las que se encontraba en juego la salud y hasta la vida de las personas.

Así, por ejemplo, en un caso la medida fue admitida frente el pedido formulado por la madre desempleada para que su obra social continúe prestando servicio médico asistencial a su hijo oxígeno dependiente más allá del plazo de la cobertura y ante la falta de precisión sobre la fecha de entrega del equipo necesario por parte del ente público correspondiente⁴⁸.

En otra especie la medida fue ordenada en contra de una obra social ante la imprescindible necesidad del accionante de no interrumpir su tratamiento como portador del virus HIV⁴⁹.

En otro caso, se ordenó a un hospital neuropsiquiátrico y a las autoridades estatales de la cuales éste dependía a proveer, en forma inmediata, gratuita y congruente a las recomendaciones que prescriban los profesionales del área, de internación y tratamiento integral a una persona indigente, adicta al alcohol y con voluntad de curarse, para que sea medicada y controlada, preservándose así su integridad y seguridad. La medida fue solicitada frente a la negativa de los demandados de suministrar internación y tratamiento al actor con fundamento en la presunta “indisponibilidad de camas”⁵⁰.

c) Cese de inmisiones lumínicas, sonoras y odoríficas: Las medidas autosatisfactivas pueden utilizarse para pretender el cese inmediato de inmisiones lumínicas, ruidos molestos, emanaciones odoríficas, etcétera, que sean de entidad tal que pueda percatarse el juez que superan el marco normal de la tolerancia⁵¹.

⁴⁶ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. “El garantismo procesal”, en la obra colectiva *Activismo y garantismo procesal*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, pág. 169.

⁴⁷ Juzg. Fral. Rosario, Nº 3. 13/02/2001, “XX c/ www.yahoo.com s/ medida autosatisfactiva”, Zeus, boletín del 19/06/2001, con nota de Carlos CARBONE.

⁴⁸ Trib. Flía. Lomas de Zamora, Nº 3, 21/05/99, “S., M. I.”, JA, boletín del 07/06/2000, con nota de Carlos GERSHI.

⁴⁹ Juzg. Nac. Civ. Nº 67, Cap. Fed., 29/10/99, “Ruiz Díaz, José c/ Obra Social de la UOM”, *Digesto Práctico La Ley, Medidas cautelares y procesos urgentes*, Ed. La Ley, Avellaneda, 2001, pág. 669, parágrafo 3148.

⁵⁰ MIDÓN, Marcelo S. De la sentencia autosatisfactiva que ordenó a un hospital neuropsiquiátrico internar y brindar tratamiento a un mendigo, adicto al alcohol, en *Revista de doctrina y jurisprudencia de la Provincia de Santa Fe*, Nº 87, Editorial Jurídica Panamericana, Santa Fe, 2009, págs. 101 y ss. También publicado en *Doctrina Judicial*, año XXIV, Nº 46, Bs. As., 12 de noviembre de 2008, págs. 1987 y ss.

d) Protección de los derechos de personas discapacitadas: El tipo procesal en cuestión ha sido exitosamente empleado para garantizar la operatividad de derechos que, con fundamento en la igualdad de oportunidades y la dignidad humana, han sido reconocidos a favor de personas discapacitadas.

Así, por ejemplo, en una especie se condenó a una empresa de transporte interurbano de pasajeros a expedir en forma gratuita dos pasajes de ida y vuelta a la ciudad de Buenos Aires en beneficio de una persona discapacitada motriz y de su respectivo acompañante. La medida había sido solicitada a raíz de la negativa de la empresa demandada con fundamento en la presunta "indisponibilidad de cupos"⁵².

e) Tutela de los derechos de los consumidores y usuarios: Según calificada doctrina⁵³, la medida autosatisfactiva sería buena herramienta procesal para la garantía de los derechos de los consumidores y usuarios. Y como ejemplos no taxativos, entre otros, escogimos los siguientes:

1. El art. 6 de la Ley N° 24.240 dispone que en determinados casos de compraventa de productos elaborados debe entregarse al consumidor un manual en idioma nacional sobre el uso, instalación y mantenimiento de la cosa. Cuando dicha obligación fuese incumplida, el consumidor podría apelar al absurdo de promover una demanda ordinaria para que se condene al vendedor a entregar el manual o ahorrar tiempo y dinero

promoviendo una medida autosatisfactiva.

2. El art. 11 de la ley dice que en caso de que haya que reparar una cosa bajo garantía y que ésta deba trasladarse a la fábrica o taller habilitado, el transporte será realizado por el responsable de la garantía y serán a su cargo los gastos de flete y seguro. Ahora bien, ante una falla del producto, la reticencia del responsable (que no quiere hacerse cargo del traslado y sus gastos) podría vencerse a través de la medida examinada.

f) Régimen de propiedad horizontal.

Tutela de las normas de convivencia: El art. 6 de la Ley de Propiedad Horizontal autoriza apelar a la medida autosatisfactiva en los casos de violación a las normas generales de convivencia, con la finalidad de prohibir a los propietarios u ocupantes de los departamentos:

1. Destinarlos a usos contrarios a la moral o las buenas costumbres o a fines distintos de los previstos en el reglamento de copropiedad.

2. Perturbar con ruidos o de cualquier otra manera la tranquilidad de los vecinos, ejercer actividades que comprometan la seguridad del inmueble, o depositar mercaderías peligrosas o perjudiciales⁵⁴.

g) Derecho comercial. Sociedades: Si bien la ley de sociedades no lo prevé expresamente, la doctrina autoral estima que las medidas autosatisfactivas podrían ser utilizadas para solicitar:

1. Se ordene la suspensión de la celebración de una asamblea societaria cuando resulte evidente la violación

de los requisitos esenciales exigidos para declararla válidamente constituida⁵⁵.

2. Se permita al socio acceder directamente a la contabilidad o libros sociales cuando el órgano de administración no le permite ejercer dicho derecho⁵⁶.

3. La intervención judicial en forma autónoma y no cautelar en el excepcional supuesto de acefalía del órgano de administración y por no encontrarse quien acepte desempeñarse en el mismo⁵⁷; etcétera.

h) Gastos generados en accidentes de tránsito:

Comenta Fernando Heñin⁵⁸ que la Ley Nacional de Tránsito admite que los gastos de internación y sepelio de las víctimas de un accidente de tránsito, sean abonados de inmediato por el asegurador⁵⁹, en coincidencia con lo establecido por la Ley de Seguros⁶⁰. Es decir que debe satisfacer sin poder invocar excusa o causa liberatoria el pago de los gastos de sanatorio (internación, honorarios médicos, costos de remedios, radiografías, análisis, etc.), y los gastos de velatorio de los terceros víctimas alcanzados por el interés asegurado.

Tales erogaciones de extrema urgencia, originan la obligación de pago inmediato, y no puede dilatarse invocando la vigencia de un plazo para expedirse sobre el siniestro o la culpa grave o cualquier otra causa liberatoria (caducidades, incumplimientos, caso fortuito o el hecho de un tercero), sin perjuicio de la "repetición", en caso de no corresponder que tales daños sean soportados por la aseguradora.

⁵¹ COSTANTINO, Juan. "Las medidas autosatisfactivas en el régimen de la propiedad horizontal y la vida consorcial", en el libro colectivo *Medidas autosatisfactivas*, ob. cit., pág. 499; VAZQUEZ FERREYRA, Roberto. "Las medidas autosatisfactivas en el derecho de daños y en la tutela del consumidor", en el libro colectivo *Medidas autosatisfactivas*, ob. cit., pág. 428.

⁵² MIDÓN, Marcelo S., Reflexiones acerca de la sentencia autosatisfactiva que condenó a una empresa de colectivos a expedir gratuitamente pasajes a favor de un discapacitado, en *Revista de doctrina y jurisprudencia de la Provincia de Santa Fe*, N° 81, Editorial Jurídica Panamericana, Santa Fe, 2008, págs. 77 y ss. También publicado en *Doctrina Judicial*, año XXIV, N° 29, Ed. La Ley, Bs. As., 16 de julio de 2008, págs. 765 y ss. También publicado en *La Ley Litoral*, año 12, N° 4, mayo 2008, págs. 394 y ss.

⁵³ VAZQUEZ FERREYRA, Roberto. "Las medidas autosatisfactivas en el derecho de daños...", ob. cit., en el libro colectivo *Medidas autosatisfactivas*, ob. cit., pág. 428.

⁵⁴ COSTANTINO, Juan. "Las medidas autosatisfactivas en el régimen de la propiedad horizontal ...", ob. cit., en el libro colectivo *Medidas autosatisfactivas*, ob. cit., pág. 499.

⁵⁵ PEYRANO, Jorge. "Las medidas autosatisfactivas en materia comercial", JA 1995-I-822.

⁵⁶ SILBERSTEIN, Ricardo. "Algunas aplicaciones de las medidas autosatisfactivas en el Derecho Societario argentino", en el libro colectivo *Medidas autosatisfactivas*, ob. cit., pág. 529.

⁵⁷ *Ibidem*, pág. 530.

⁵⁸ HEÑIN, Fernando. "Modernos institutos procesales", ob. cit., págs. 100 y 101.

⁵⁹ Prescribe el art. 68 de la Ley Nacional de Tránsito que: "... Los gastos de sanatorio o velatorio de terceros, serán abonados de inmediato por el asegurador, sin perjuicio de los derechos que se pueden hacer valer luego. El acreedor por tales servicios puede subrogarse en el crédito del tercero o sus derechohabientes. Carece de validez la renuncia a un reclamo posterior, hecha con motivo de este pago...".

⁶⁰ Dispone el art. 9° de la Ley N° 17.418: "El asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido".

En consecuencia se otorga una acción directa autónoma a esos sujetos, quienes solamente deben acreditar - con el grado de probabilidad previsto en la ley ritual- : a) la existencia del siniestro (verbigracia, sobre la base del sumario penal) y; b) los gastos citados.

Estaremos en presencia de una medida autosatisfactiva propiamente dicha cuando el único reclamo originario fuese el de dichos conceptos; por el contrario, si fuesen reclamados con otros ítems (daño moral, lucro cesante, otros daños materiales, etcétera), su naturaleza será propiamente el de una sentencia anticipatoria parcial, como lo receptara la Corte Nacional en "Camacho Acosta c/ Grafi Graf"⁶¹.

i) Derecho laboral: En materia laboral, las medidas autosatisfactivas podrían promoverse ante la negativa del empleador de entregar, conforme el art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo, constancia de pago de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la seguridad social y sindical, acreditando el trabajador su condición de tal respecto de la patronal demandada⁶².

En alguna especie, incluso, fue admitida para lograr el cobro de la indemnización por despido cuando el actor probó en forma cierta e indubitable su calidad de dependiente, su despido y que petitionó se le pague la indemnización que corresponde y que el empleador no pagó, a pasar de que, ante el incumplimiento, el trabajador lo constituyó en mora mediante la respectiva pieza telegráfica⁶³.

Otro interesante caso, asimismo comentado por Heñín⁶⁴, fue la orden impartida para que la ex empleadora proceda a depositar en cuenta judicial la suma de dinero que había pactado abonar a la actora en concepto de indemnización. Para decretar la medida, el juez tuvo en cuenta que las partes habían celebrado un convenio de pago ante la Dirección Provincial de Trabajo, siendo el mismo homologado, entregándosele a la peticionante en aquella oportunidad tres cheques, en concepto de indemnización, siendo que dos de ellos se encontraban - al momento de interponerse la acción- rechazados; además de documentación que respaldaba que la actora tenía una hija con discapacidad⁶⁵.

j) Derecho de familia: Bajo el título de "medidas autosatisfactivas", el art. 5 de la ley de violencia familiar de la Provincia de Santa Fe incorporó esta particular figura. A pesar de su nomenclatura, la exclusión del agresor de la vivienda (inc. a); el reintegro de quien ha debido salir del mismo por razones de seguridad (inc. c); la cuota alimentaria, tenencia y adecuada comunicación provisional (inc. d), son en puridad medidas cautelares, previas o simultáneas al juicio principal, vgr., separación personal, divorcio, alimentos, etcétera. En cambio, pueden alistarse como esencialmente autosatisfactivas: la prohibición de acceso para el agresor al lugar de trabajo del agredido del agredido o en la escuela donde concurren miembros del grupo familiar (inc. b), y recabar todo tipo de informes sobre la situación de-

nunciada (inc. e), como ser que el facultativo interviniente indique las posibles soluciones médicas o asistenciales respectivas, mencionando los organismos sanitarios, públicos o entidades no gubernamentales, con formación especializada y prestación gratuita⁶⁶.

IV- Tutela anticipada

IV-1. Concepto

Se denomina sentencia anticipada o tutela anticipatoria a la solución jurisdiccional urgente cuyo objeto se superpone, total o parcialmente, con aquello que se pretende obtener a través de la sentencia de mérito. Mediante su dictado, que está condicionado a la satisfacción de sendos presupuestos, la acreditación de la fuerte probabilidad del derecho invocado y que pueda sufrirse un perjuicio irreparable o de difícil reparación ulterior, el órgano judicial satisface anticipadamente la pretensión del requirente, otorgándole una atribución o utilidad que probablemente podría obtener con la futura sentencia y una vez pasada ésta en autoridad de cosa juzgada⁶⁷.

IV-2. Antecedentes legislativos

Previo a la reciente reforma del rito civil misionero, en nuestro país, la tutela anticipada ha sido plasmada por el Código Procesal Civil y Comercial de La Pampa⁶⁸. Asimismo, fue prevista por varios proyectos de reforma, así, verbigracia, los elaborados para la Nación, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la

⁶¹- CSJN, 07/08/97, "Camacho Acosta M. C/ Grafi Graf SRL y otros", en Revista de Derecho Procesal N° 1, Medidas cautelares, ob. cit., págs. 385 y ss., comentado por Roland ARAZI.

⁶²- SEDITA, José. "Medidas autosatisfactivas en el Derecho Laboral", en el libro colectivo Medidas autosatisfactivas, ob. cit., pág. 552.

⁶³- Juzg. 1° Inst. Lab., 3° Nom., Rosario, 25/03/98, "Torres, María del Carmen c/ Barrios, Blanca Inés s/ medida autosatisfactiva", Zeus, boletín del 02/08/99, con comentario de Ariana NETRI.

⁶⁴- HEÑÍN, Fernando A. "Modernos institutos procesales", ob. cit., pág. 64.

⁶⁵- Fallo inédito, en autos "NÚÑEZ, Carola c/ STAR S.A. y/o LUQUE, Leandro y/o LUQUE, César Enrique y/o QRR s/ medida autosatisfactiva", Expte. N° 9.732/05, Juzg. Civ. y Com. 8° nominación, Resistencia.

⁶⁶- DUTTO, Ricard. "La medida autosatisfactiva en el proceso de familia", en el libro colectivo Medidas autosatisfactivas, ob. cit., pág. 475.

⁶⁷- El concepto propuesto ha sido elaborado sobre la base de los aportes de ARAZI, Roland y KAMINKER, Mario, Algunas reflexiones sobre la anticipación de la tutela y las medidas de satisfacción inmediata, en el libro colectivo Medidas autosatisfactivas, ob. cit., pág. 46; CARBONE, Carlos, Los despachos interinos de fondo. Análisis de sus presupuestos: la noción de certeza suficiente, la exigencia de urgencia y la irreparabilidad del perjuicio, en el libro colectivo Sentencia anticipada, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, pág. 89; y PEREZ RAGONE, Alvaro, Concepto estructural y funcional de la tutela anticipatoria, en el libro Sentencia anticipada, ob. cit., pág. 288.

⁶⁸- CPCC La Pampa, Art. 231: Artículo 231. "Tutela anticipatoria. Procedimiento. El juez podrá anticipar, luego de la traba de la litis, a requerimiento de parte, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvencción si: 1) existe verosimilitud del derecho en un grado mayor que en las medidas cautelares ordinarias.

2) se advierta en el caso una urgencia impostergable tal que si la medida anticipatoria no se adoptare en ese momento, la suerte de los derechos se frustraría.

3) se efectivice contracautela suficiente.

4) la anticipación no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva.

La decisión no configurará prejuzgamiento.

Solicitada la tutela el juez designará audiencia con carácter urgente, a la que serán citadas las partes interesadas. Concluida la misma y sin otra sustanciación, resolverá.

El juicio seguirá hasta su finalización. Al tiempo de la sentencia o dentro de la secuela del proceso, si cambiaren las condiciones, la tutela anticipatoria podrá modificarse o quedar sin efecto".

Provincia de Buenos Aires⁶⁹, San Juan⁷⁰, Mendoza⁷¹ y Neuquén⁷². Asimismo representan especies de sentencias anticipatorias legisladas, entre otras, la fijación de alimentos provisorios (art. 375, 2° parte, Código Civil); la entrega anticipada del inmueble en el juicio de desalojo por intrusión (art. 680 bis, CPCCN); el levanta-

miento del embargo previa caución en la tercería de dominio (art. 99, párrafo 2°, CPCCN); la restitución del bien bajo fianza en el interdicto de recobrar (art. 616, CPCCN); etcétera.

En el derecho comparado cabría mencionar el art. 317 del Código General del Proceso de Uruguay⁷³; el art. 273 del

Código del Proceso Civil de Brasil⁷⁴; el art. 700 del Código de Procedimiento italiano⁷⁵; el art. 381 del Código del Proceso Civil de Portugal⁷⁶ y el art. 618 del Código Procesal Civil de Perú⁷⁷.

IV-3. Presupuestos

Para Jorge Peyrano⁷⁸ y Roberto Beri-

⁶⁹ Los tres proyectos prevén, en sus respectivos arts. 65 y 66, el siguiente texto: Art. 65. "Tutela anticipada. El juez podrá anticipar, luego de trabada la litis, a requerimiento de parte, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvencción sí: 1. Existe convicción suficiente acerca del derecho invocado; 2. Se advierte en el caso tal grado de urgencia que si la medida no se adoptase en ese momento se causaría daño irreparable al peticionario; 3. Se efectivice contracautela suficiente, salvo que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 200, el peticionario se encontrase exento de darla; 4. La anticipación no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva".

Art. 66. "Ulterioridades: Solicitada la tutela, el juez designará audiencia con carácter urgente, a la que serán citadas las partes interesadas; concluida la misma y sin otra sustanciación se resolverá. El proceso donde se anticipó la tutela continuará hasta su finalización; si al momento de dictarse la sentencia o durante la secuela del mismo cambiasen las condiciones, la tutela podrá quedar sin efecto. El régimen de los recursos y las eventuales modificaciones de sustancia y contracautela serán los establecidos para las medidas cautelares".

⁷⁰ Proyecto CPCC, San Juan, Art. 693: "Procesos urgentes. En casos de extrema urgencia, si fuese necesario para salvaguardar derechos fundamentales de las personas, el juez podrá resolver la pretensión del peticionario acortando los plazos previstos para el proceso abreviado y tomando las medidas que juzgue necesarias para una tutela real y efectiva. Excepcionalmente podrá decidir sin sustanciación. Las normas que regulan las medidas cautelares serán de aplicación supletoria, en lo que fuese pertinente y compatible con la petición".

⁷¹ Anteproyecto de CPCC, Mendoza. Capítulo V. Tutela anticipatoria. Art. 399. "Reglas generales. Quien tiene fundado motivo para temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho por vía de demanda o reconvencción, éste sea amenazado por un perjuicio inminente e irreparable, puede luego de la traba de la litis solicitar las providencias de urgencia que aparezcan más idóneas según las circunstancias para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión de mérito, anticipando total o parcialmente la tutela con ella pretendida.

Para ello deberá:

1. Acreditar que existe certeza suficiente acerca del derecho invocado.

2. Acreditar una urgencia impostergable tal que:

a) Por la naturaleza de los derechos en juego, si la tutela anticipatoria no se adoptare en ese momento, se causaría daño irreparable al peticionante.

b) La anticipación no produce efectos que no puedan ser reparados ulteriormente en la sentencia definitiva.

3. Ofrecer contracautela suficiente.

El procedimiento tramita por pieza separada según las reglas de los incidentes, las generales de este título, y las de las medidas precautorias en lo que hace a contracautela. El juicio principal seguirá hasta su finalización, y antes o al tiempo de la resolución definitiva la medida ordenada podrá modificarse o quedar sin efecto".

Art. 400. "Entrega anticipada de posesión o tenencia de bienes inmuebles. Si la demanda tuviere por objeto la entrega de la posesión o tenencia de bienes inmuebles, y se peticionara la entrega anticipada:

1. No registrará el requisito del inciso 2 del artículo anterior cuando:

a) La demanda se funda en el carácter de intruso del demandado, y éste no acompaña un contrato escrito con término vigente.

b) La demanda se funda en el vencimiento del plazo de un contrato escrito reconocido expresa o tácitamente por el demandado, y éste no acompaña un nuevo contrato escrito con término vigente, reconocido por la actora.

Si la demandada desconociese la firma del contrato escrito base de la demanda, la actora puede solicitar pericial caligráfica en forma inmediata. Previo dictamen del perito, el Tribunal declarará si la firma es auténtica. Si lo fuere, se procederá como si hubiese sido reconocido, y además no registrará el requisito del inciso 1° del artículo anterior. La resolución que declara la autenticidad de la firma es apelable, difiriéndose su elevación hasta el momento de dictarse la resolución que resuelve la medida, y con sus mismos efectos a partir de ésta.

a) La demanda se funda en la falta de pago del canon acordado en un contrato escrito reconocido expresa o tácitamente por el demandado y éste no acompaña un recibo que acredite el pago.

Si la demandada desconociese la firma del escrito base de la demanda, se aplicará el segundo párrafo del inciso anterior.

b) El contrato escrito es de hotel o temporada, la demanda se funda en el vencimiento del plazo y la actora demuestra sumariamente la notoriedad de su actividad, la medida puede ser solicitada antes de la traba de la litis, si con dos testigos se acredita que existe convicción suficiente de que el demandado ha firmado el contrato.

Si la demandada desconociese la firma en su apelación, podrá solicitar pericial caligráfica para sustanciarse en la Alzada.

1. Si la tutela se concede y el demandado se hubiera opuesto a la demanda fundado en el carácter de tenedor sobre la base de un contrato escrito o verbal, la contracautela será levantada si el demandado no reconviene procediendo la reconvencción, o no procediendo la reconvencción no inicia juicio contra la actora en el plazo de un mes para ser repuesto".

Art. 401. "Venta anticipada de bienes sujetos a una medida precautoria. Existiendo peligro de pérdida, deterioro o desvalorización de los bienes sujetos o afectados a medidas precautorias, o cuya conservación irroge perjuicios o gastos desproporcionados a su valor; el Tribunal, a pedido de cualquiera de las partes y con el mismo procedimiento del artículo 399 último párrafo, puede disponer su venta en pública subasta, depositándose el producido en el banco para depósitos judiciales donde quedará embargado. Para la venta se seguirá el procedimiento establecido para la subasta en proceso ejecutivo.

Cuando la actora demostrare que el juicio por cobro de expensas de propiedad horizontal, que el inmueble corre peligro inminente de ser subastado por deudas derivadas su mantenimiento o tributos, puede proceder el Tribunal según lo dispuesto en el párrafo anterior, ordenando los libramientos correspondientes al pago de aquellas deudas con el producido de la subasta. Es requisito para la concesión de la medida en tal caso, que la actora ofrezca contracautela equivalente a los montos a librar".

⁷² Proyecto CPCC Neuquén, alternativa dos, art. 230: "Tutela anticipada. Luego de trabada la litis, a requerimiento de parte, el juez podrá anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvencción, siempre que: el derecho invocado resulta verosímil conforme los elementos de juicio obrantes en la causa. Existe peligro de daño irreparable y grave al derecho del peticionario si la medida no se adoptase con urgencia impostergable.

Se efectivice caución suficiente, salvo que el peticionante se encontrase exento de darla de conformidad con lo dispuesto en el art. 200.

Procedimiento. Ulterioridades. Solicitada la tutela, el juez citará a las partes a audiencia urgente, donde las oír y recibirá en sumaria información las pruebas pertinentes; concluida la misma y sin otra sustanciación, resolverá.

La decisión no configurará prejuzgamiento y el proceso donde se anticipó la tutela continuará hasta su finalización.

Si cambiasen las condiciones que la determinaron, la tutela podrá ser dejada sin efecto durante la secuela del juicio o al dictarse sentencia definitiva.

El régimen de las eventuales modificaciones de sustancia y caución será el establecido para las medidas cautelares".

⁷³ Art. 317.1. "Fuera de los casos regulados en los artículos anteriores, podrá el tribunal adoptar las medidas provisionales que juzgue adecuadas o anticipar la realización de determinadas diligencias, para evitar que se cause a la otra parte, antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente la decisión sobre el fondo". La numeral 3 de este mismo artículo dispone que estas medidas se regularán, en lo pertinente, por lo dispuesto para el proceso cautelar (art. 311 a 316).

⁷⁴ Art. 273: "El juez podrá a requerimiento de parte anticipar, total o parcialmente, los efectos de tutela pretendida en la demanda, desde que existiendo pruebas inequívocas, se convenza de la verosimilitud de la alegación y de: 1) Haya fundado temor o daño irreparable o de difícil reparación o 2) En la decisión que anticipa tutela, el juez indicará, de modo claro y preciso, las razones de su convencimiento. 3) No se concederá la anticipación de tutela cuando hubiera peligro de irreversibilidad de la resolución anticipatoria. 4) La ejecución de la tutela anticipatoria observará, en lo que corresponda, lo dispuesto en los incisos I y II del art. 588. 5) La tutela anticipada podrá ser revocada o modificada en cualquier tiempo, mediante decisión fundada. 6) Concedida o no la anticipación de tutela, proseguirá el proceso hasta la sentencia final".

⁷⁵ Art. 700. "Condiciones para la concesión. Fuera de los casos regulares de las precedentes secciones de este capítulo, quien tuviese fundados motivos para temer que durante el tiempo que transcurre para hacer valer su derecho por la vía ordinaria, éste sea amenazado de un perjuicio inminente e irreparable, puede pedir una medida al juez de proveimiento de urgencia que, según las circunstancias, sea idónea para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el mérito".

⁷⁶ Art. 381.1. "Siempre que alguien muestre fundado recelo de que otro cause lesión grave y difícilmente reparable a su derecho, puede requerir la providencia conservatoria o anticipatoria concretamente adecuada a asegurar la efectividad del derecho amenazado".

⁷⁷ Art. 618. "Medida anticipada: además de las medidas cautelares reguladas, el juez puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva".

zonce⁷⁹, son tres los requisitos que condicionan la procedencia de la sentencia anticipada y un cuarto el que subordina su efectivización o cumplimiento. Respectivamente, ellos son:

a) La prueba casi inequívoca de la atendibilidad del planteo del requirente. Recaudo que revela que no es suficiente, como ocurre con las clásicas medidas cautelares, una simple verosimilitud o apariencia en el derecho, siendo necesario, en cambio, una fuerte probabilidad de que la posición del requirente sea jurídicamente correcta.

b) La concurrencia de una suerte de "plus" respecto del peligro en la demora corriente en las medidas precautorias. En efecto; aquí se exige, además, la existencia de una situación conexas que aqueje al peticionario, exponiéndolo al riesgo de sufrir un perjuicio irreparable o de difícil reparación ulterior (CPCC de Misiones, art. 241, inc. 2°).

c) Que los efectos de la resolución anticipatoria sean fácilmente reversibles, lo que viene a explicar el hecho de que, por ejemplo, no se acepte que su dictado pueda involucrar transferencias de dominio; o lograr el pronunciamiento anticipado de una sentencia constitutiva (vgr., divorcio, nulidad del matrimonio, filiación, etcétera).

d) La prestación de contracautela (real, en el caso del rito misionero, salvo situaciones excepcionales eximentes).

El Código Procesal Civil de Brasil, art. 273, exige un quinto requisito, aun cuando éste desplaza la necesidad de justificar el temor fundado de daño irreparable o de difícil reparación, y es que la actitud procesal del demandado evidencie, prima facie, abuso del derecho

de defensa o manifiesto propósito dilatorio. Más, como señala Arazi, creemos que dicha exigencia, si se agrega a las demás, importaría una limitación innecesaria a la efectividad de la tutela dado que, en muchos supuestos, con independencia de la actividad u omisión de la parte demandada, es imprescindible anticipar la tutela para evitar daños irreparables. Por lo demás, prosigue el maestro, si la actitud obstruccionista del demandado torna innecesario acreditar el peligro en la demora, como parece que sucede en la ley brasileña, pensamos que con ello se desnaturaliza el instituto puesto que la base de él es precisamente el grave riesgo que entraña la dilación y que justifica la anticipación de la tutela sin esperar la sentencia de mérito⁸⁰.

IV-4. Caracteres. Diferencias y similitudes con las medidas cautelares

La denominada tutela anticipatoria y las medidas cautelares tienen en común: a) La pertenencia al género de los procesos urgentes; b) La provisionalidad o interinato, en tanto el procedimiento judicial no se agota por el mero despacho favorable de las mismas; c) No hacen cosa juzgada, ni causan prejuzgamiento; d) Son de ejecutabilidad inmediata; e) Su efectivización requiere, por principio, de la prestación de contracautela. Ambos institutos difieren, sin embargo, en lo siguiente:

a) Las medidas cautelares son accesorias o instrumentales, en el sentido de que son tributarias o subordinadas por la existencia de un proceso principal.

El dictado de una sentencia anticipatoria, en cambio, no es algo accesorio

de otro proceso principal, sino que dentro de ese proceso se postula y obtiene una resolución que anticipa, total o parcialmente la pretensión. Dicha resolución, en vez de asegurar la futura realización de un derecho (lo que es propio de la medida cautelar) realiza ya mismo el derecho material sometido a juicio y antes de que éste finalice⁸¹.

b) El conocimiento judicial para decretar la tutela anticipada no es en grado de apariencia (como sucede en las cautelares típicas), tampoco en grado de certeza (como acontece con la sentencia de mérito), sino un estadio intermedio (fuerte probabilidad del derecho del peticionario) que se ha dado en llamar "certeza provisional"⁸².

En tal sentido, el CPCC de Misiones, art. 241, inc. 1°, demanda una "convicción suficiente sobre la probabilidad del derecho"; y el CPCC de La Pampa, art. 231, subordina el anticipo total o parcial de la sentencia a que "exista verosimilitud del derecho en un grado mayor que en las medidas cautelares ordinarias"⁸³.

Cabe señalar, sin embargo, que si bien las fuentes coinciden en punto a la exigencia de este presupuesto, existen proyectos de reforma (por ejemplo, Neuquén, alternativa dos, art. 230, 1° párrafo) que al legislar sobre tutela anticipada condicionan su otorgamiento a la circunstancia en que "el derecho invocado resulte verosímil conforme los elementos de juicio obrantes en la causa" (el subrayado nos pertenece).

c) El peligro en la demora, propio de las medidas precautorias, se acrecienta cuando se solicita el dictado de una sentencia anticipatoria. Según vimos, su otorgamiento requiere un "plus" consis-

⁷⁸ PEYRANO, Jorge. "La tutela de urgencia en general y la tutela anticipatoria en particular", ED 163-786.

⁷⁹ BERIZONCE, Roberto. "Tutela anticipada y definitiva", JA 1996-IV-741.

⁸⁰ ARAZI, Roland. "Tutela anticipada", en Revista de Derecho Procesal, N° 1, Medidas cautelares, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, pág. 392. En contra, aunque de lege ferenda, para Heñin, la incorporación del requisito de la conducta del demandado amplía el abanico de casos en los cuales se pueda otorgar una sentencia anticipatoria a quien no posea -o no pudiere acreditar debidamente- alguno de los presupuestos que actualmente exigen tanto la legislación como la doctrina y la jurisprudencia. Razón por la cual, citando a MARINONI (La necesidad de distribuir la carga del tiempo en el proceso, en Revista de Derecho Procesal, N° 2, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, pág. 575), sería deseable su pronta incorporación a la legislación adjetiva local. Es que, si el comportamiento incorrecto de la parte puede servir para fundar una sentencia definitiva donde puede existir gran cantidad de prueba producida durante el largo debate, con mayor razón aún debería ser utilizada en una decisión anticipada, en la que generalmente muchas probanzas no han sido agregadas al expediente, existiendo, como contrapartida, la necesidad imperiosa de tal tutela por la irreparabilidad del daño y la urgencia. Véase, HEÑIN, Fernando, Modernos institutos procesales, ob. cit., págs. 75 y 76.

⁸¹ PEYRANO, Jorge. "La tutela de urgencia en general y la tutela anticipatoria en particular", ED 163-786.

⁸² DE LOS SANTOS, Mabel. "Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas", JA 1997-IV-800.

⁸³ En similares términos, el Anteproyecto de CPCC de Mendoza exige "acreditar que existe certeza suficiente acerca del derecho invocado" (art. 399, inc. 1°). Asimismo, los proyectos de Códigos Procesales Civiles y Comerciales para la Nación, ciudad autónoma de Buenos Aires y Provincia de Buenos Aires, requieren la existencia "de convicción suficiente acerca del derecho invocado" (arts. 65 inc. 1). Los destacados nos pertenecen.

tente en el riesgo de sufrir un perjuicio irreparable o de difícil reparación ulterior.

Es por ello que, verbigracia, el art. 231, inc. 2°, CPCC de La Pampa requiere “se advierta en el caso una urgencia impostergable tal que si la medida anticipatoria no se adoptare en ese momento, la suerte de los derechos se frustraría” (el subrayado nos pertenece)⁸⁴.

d) Mientras las medidas cautelares se decretan in audita pars, el dictado de la sentencia anticipatoria viene precedido de una breve sustanciación⁸⁵.

e) Según calificada doctrina, si bien es cierto que las medidas anticipatorias son por definición provisionales, a su respecto no resultaría aplicable (como sucede con las medidas cautelares) lo dispuesto por el art. 202 del CPCCN (ídem art. 205, CPCC de Misiones), que establece que subsistirán mientras duren las circunstancias que la determinaron. Por el contrario, como regla, la sentencia anticipatoria no podrá dejarse sin efecto hasta el fallo definitivo, así como, si fuera rechazada, tampoco –en principio– podrá insistirse en obtenerla⁸⁶.

Cabe precisar, sin embargo, que el moderno rito civil de Misiones, evidentemente inspirado en sistema brasileño⁸⁷, consagra una solución diversa. En su virtud, “la tutela anticipada puede ser revocada durante la secuela del proceso si cambian las condiciones tenidas en cuenta para disponerla” (art. 243, primer párrafo).

En concurrente sentido, para el Anteproyecto de CPCC de Neuquén (alternativa dos, art. 230, 6° párrafo): “Si cambiasen las condiciones que la determinaron, la tutela

podrá ser dejada sin efecto durante la secuela del juicio o al dictarse la sentencia definitiva”. También para los proyectos de CPCC para la Nación, ciudad y provincia de Buenos Aires (arts. 66): “sí al momento de dictarse la sentencia o durante la secuela del mismo cambiasen las condiciones, la tutela anticipada podrá quedar sin efecto”. Finalmente, para el Anteproyecto de CPCC de Mendoza (art. 399, in fine): “El juicio principal seguirá hasta su finalización, y antes o al tiempo de la resolución definitiva la medida ordenada podrá modificarse o quedar sin efecto”.

f) Tampoco regiría respecto de las sentencias anticipatorias la condición de medidas mutables o flexibles: si se solicita el anticipo total o parcial de la decisión de mérito ello no es sustituible por otra medida. En todo caso el juez podrá acordar parcial y no totalmente lo peticionado, pero no precede el reemplazo por una solución diferente a la pretendida⁸⁸.

No es inatingente señalar, sin embargo, la existencia de proyectos que establecen una regla distinta, sujetando el “régimen de las eventuales modificaciones de sustancia (del anticipo de sentencia) al establecido para las medidas cautelares” (Proyectos de CPCC de Neuquén, alternativa dos, art. 232, 7° párrafo; de Nación, ciudad y provincia de Buenos Aires, arts. 66).

IV-5. Similitudes y diferencias con las medidas autosatisfactivas

La sentencia anticipatoria y la medida autosatisfactiva tienen en común: a) La pertenencia o inclusión en el género de los procesos urgentes; b) El presupuesto de la fuerte probabilidad del derecho; c) La eje-

cutabilidad inmediata; d) La exigencia, por principio, de la contracautela como condicionante de su efectivización.

Tales institutos difieren por lo siguiente:

a) Si bien ocasionalmente admiten un breve contradicción anterior, las medidas autosatisfactivas pueden ser despachadas in audita pars. La tutela anticipada, por el contrario, requiere siempre de una breve sustanciación.

b) La medida autosatisfactiva es un procedimiento autónomo, y su despacho favorable acarrea la satisfacción definitiva de los requerimientos del peticionante, agotándose en sí mismo. La tutela anticipada, en cambio, no es autónoma (desde que debe peticionarse en el marco de un proceso principal) y es provisional por naturaleza.

IV-6. Oportunidad de su solicitud y despacho

La doctrina brasileña en general, aunque no de manera unánime, entiende que se puede postularse la emisión de una resolución anticipatoria en cualquier momento del proceso, siempre y cuando se hubiera presentado la demanda o reconvencción (solución que parece plasmada por el CPCC de Misiones, cuyo articulado no exige, como requisito, la previa contestación de la demanda o reconvencción). Calificados autores nacionales interpretan, en cambio, que sería más conveniente decretar la sentencia anticipada sólo después de contestada la demanda o de vencido infructuoso el plazo para contestarla⁸⁹.

⁸⁴ También el Anteproyecto de CPCC de Mendoza exige “acreditar una urgencia impostergable tal que: a) Por la naturaleza de los derechos en juego, si la tutela anticipatoria no se adoptare en ese momento, se causaría daño irreparable”. (art. 399, inc. 2°). Asimismo, los proyectos de Códigos Procesales Civiles y Comerciales para la Nación, ciudad autónoma de Buenos Aires y Provincia de Buenos Aires, requieren “se advierta en el caso tal grado de urgencia que si la medida no se adoptase en ese momento se causaría un daño irreparable al peticionario” (arts. 65, inc. 2°).

Finalmente, el Anteproyecto de CPCC de Neuquén, alternativa dos art. 230, demanda “exista peligro de daño irreparable y grave al derecho del peticionante si la medida no se adoptase con urgencia impostergable”. Los destacados nos pertenecen.

⁸⁵ Véase a continuación el título “Oportunidad de su solicitud y despacho”.

⁸⁶ DE LOS SANTOS, Mabel. “Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas”, JA 1997-IV-800. También para Rivas, mientras las medidas cautelares están sujetas al rebus sic stantibus ya que perduran en tanto ocurra lo propio con las circunstancias que justificaron su dictado, las medidas anticipatorias, como principio general, están previstas para tener permanencia hasta la sentencia definitiva, es decir que aquellas (las cautelares) tienen vocación de transitoriedad, en tanto éstas (las anticipatorias) tienen de perdurabilidad. Véase, RIVAS, Adolfo, Medidas cautelares, Ed. Lexis Nexis, Bs. As., 2007, pág. 31.

⁸⁷ Según el art. 273 del Código del Proceso Civil de Brasil, “La tutela anticipada podrá ser revocada o modificada en cualquier tiempo, mediante decisión fundada” (el destacado nos pertenece).

⁸⁸ DE LOS SANTOS, Mabel. “Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas”, JA 1997-IV-800. También para Rivas, mientras las medidas cautelares admiten ser sustituidas por otras (mutabilidad); esa característica no puede darse en las anticipatorias pues aplicarlo importaría cambiar el objeto mismo de la pretensión. Véase RIVAS, Adolfo, Medidas cautelares, ob. cit., pág. 32.

⁸⁹ GOZAINI, Osvaldo. “Elementos de Derecho Procesal Civil”, ob. cit., pág. 510; PEYRANO, Jorge. “La tutela de urgencia en general y la tutela anticipatoria en particular”, ED 163-786.

En consonancia con éstos, el Código Procesal Civil y Comercial de La Pampa, art. 231, condiciona al anticipo para "luego de trabada la litis". Requisito asimismo reflejado por los proyectos de CPCC para la Nación, ciudad autónoma y provincia de Buenos Aires (arts. 65) y por el Anteproyecto de CPCC de Neuquén, alternativa dos, art. 230.

Ahora bien. Mientras unos entienden que es necesario efectuar una petición concreta en tal sentido y que ella sea sustanciada para garantizar la bilateralidad y, por consiguiente, el debido proceso⁹⁰; otros piensan que la bilateralidad ya se consolidó con la contestación de la demanda (para el caso en que dicho acto se hubiere cumplido), de manera que ingresa a la órbita de la función jurisdiccional asumir el dictado de una sentencia anticipada⁹¹.

En aras de erradicar la polémica, los CPCC de Misiones y La Pampa establecen, palabras más, palabras menos, que solicitada la tutela, el juez designara audiencia con carácter urgente, a la que serán citadas las partes interesadas y que, concluida la misma y sin otra sustanciación, resolverá (arts. 242 y 231, respectivamente). Igual previsión ha sido plasmada por los proyectos de CPCC para la Nación, ciudad autónoma y provincia de Buenos Aires (arts. 65) y por el Anteproyecto de CPCC de Neuquén, alternativa dos, art. 230.

IV-7. Régimen recursivo

En punto a la actividad recursiva posible, ora que el anticipo de sentencia haya sido acordado o desestimado, resultan de aplicación supletoria, y en cuanto fueran compatibles, los establecidos para las medidas cautelares; ri-

giendo también las normas precautorias para todo lo relativo a la contracautela, graduación, reducción y eventual modificación (CPCC de Misiones, art. 243, último párrafo).

La solución encuentra asidero los anteproyectos de reforma de Códigos Procesales Civiles y Comerciales para la Nación, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Provincia de Buenos Aires (art. 66, in fine); Mendoza (art. 399, in fine) y Neuquén (art. 230, alternativa dos).

IV-8. Casuística

A título meramente ejemplificativo nos permitimos agrupar algunas especies jurisprudencias que comportan genuinos anticipos de sentencia.

* En el *leading case* fallado por la Corte Nacional⁹², el promover la demanda, el actor acumuló sendas pretensiones: indemnización de daños y perjuicios y se imponga al demandado la obligación de proveerle una prótesis en reemplazo de su antebrazo izquierdo que había sido amputado por una máquina de propiedad de aquél.

Respecto de esta segunda pretensión (la dación inmediata de una prótesis) solicitó y obtuvo (a título de medida cautelar innovativa) un verdadero anticipo de sentencia, después de argumentar y demostrar que la tardanza en la colocación de la prótesis hasta el momento de la sentencia definitiva le provocaría un perjuicio irreversible en la posibilidad de su recuperación física y psíquica, como también que la permanencia en su situación actual –y hasta el momento en que concluya el proceso– le causaba un menoscabo evidente que el impedía desarrollar cualquier relación laboral.

* En otro caso, un afiliado a empresa de medicina prepaga promovió acción de amparo en contra de ésta a fin de obtener se le brinde cobertura para la realización de una cirugía correctiva en su ojo derecho. Tras señalar y demostrar, ab initio, que cualquier demora sería fuente de daños irreparables para su salud, solicitó a título cautelar un verdadero anticipo de sentencia: la más pronta ejecución de aquella intervención quirúrgica. Pedimento este último que fue denegado en primera instancia, empero concedido por la Alzada en oportunidad de pronunciarse sobre el mérito del recurso de apelación interpuesto⁹³.

* En otro caso⁹⁴, los titulares de tres comercios destinados a servicios de lubricación, taller de reparación de automóviles y lavadero de autos, respectivamente, y frente a la clausura del tránsito vehicular de la arteria donde éstos funcionaban (programada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para realizar tareas de mejoras y mantenimiento), promovieron en contra de ese Estado una demanda de indemnización de daños y perjuicios.

Frente el perjuicio irreparable que les ocasionaba la evidente imposibilidad de realizar sus actividades comerciales, los actores solicitaron y obtuvieron un anticipo de sentencia (parte de la indemnización pretendida como lucro cesante), suficiente para proveer sus necesidades y las de sus familias.

* En otra especie, el pedido de alimentos provisorios (acumulado a la pretensión de reconocimiento de la paternidad) y mientras dure el proceso de filiación, ha sido receptada bajo la figura de tutela anticipatoria⁹⁵.

⁹⁰ PEYRANO, Marcos. "La sentencia anticipatoria y el derecho de defensa", en el libro colectivo *Sentencia anticipada*, ob. cit., pág. 320.

⁹¹ GOZAINI, Osvaldo. "Elementos de Derecho Procesal Civil", ob. cit., págs. 510 y 511, cita N° 14.

⁹² CSJN, 07/08/97, "Camacho Acosta M. C/ Grafi Graf SRL y otros", en *Revista de Derecho Procesal N° 1*, Medidas cautelares, ob. cit., págs. 385 y ss., comentado por Roland ARAZI.

⁹³ Fallo inédito, pronunciado por la Cám. Civ. y Com., Sala IV, Corrientes, comentado por MIDÓN, Marcelo S., *Remedio contra la arteriosclerosis judicial*, LL Litoral, mayo 2009, págs. 390 y ss.

⁹⁴ Juzg. Nac. Civ. N° 67, Cap. Fed., 29/10/99, "Elías, Julio Alberto y otros c/ Gob. de la Ciudad de Buenos Aires s/ medidas precautorias", *Digesto Práctico La Ley*, Medidas cautelares y procesos urgentes, ob. cit., pág. 672, parágrafo 3161.

⁹⁵ Cám. 1° Civ. y Com., Mar del Plata, Sala 2, 23/09/99, "N., L. c/ S., R. O.", LL Bs. As., 1999-1163.

El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo

Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni

1. ¿Qué decimos cuando decimos derecho? La palabra *derecho* se emplea en diversos sentidos, que si bien están íntimamente vinculadas, son por completo diferentes, pese a lo cual muchas veces se confunden.

Cuando alguien dice *el derecho no prohíbe esto*, se está refiriendo a la *ley*, que la hacen los legisladores. En lugar, cuando dice *el derecho no se preocupa por esto*, en general se refiere a los doctrinarios que construyen un *saber jurídico* en las academias y universidades. Y cuando dice *con el derecho no vamos a resolver esto*, está hablando del poder estatal que el derecho habilita, es decir, el que ejercen las agencias del estado en forma coactiva. Por último, aunque no mencione la palabra *derecho*, también suele decirse *la justicia no se ocupa de esto*, en cuyo caso se refiere a lo que hacen los jueces.

Debido a esta equivocidad se formulan mal las preguntas y, por ende, son peores las respuestas: se pregunta con uno de los sentidos de la palabra *derecho* y se responde con otro.

Por cierto que todos los sentidos se vinculan, porque se conectan íntimamente, pero no por eso debemos confundirlos y pretender identificarlos, pese a lo innegable de sus nexos: los doctrinarios interpretan las leyes de los legisladores, tratando de crear un discurso más o menos coherente, con el objeto de que los jueces no sean contradictorios y arbitrarios, y también para formar a los futuros operadores del aparato judicial en esa coherencia. No siempre lo logran, pero al menos esa es la intención. Los políticos y los juristas

también critican las leyes y proyectan otras. El poder coactivo del estado es ejercido por varias corporaciones (policiales, impositivas, sanitarias, laborales, etc.), cada una de las cuales defiende sus ámbitos de poder. Los jueces, por su parte, tienden también a corporativizarse.

En síntesis: cuando hablamos de *derecho*, estamos refiriéndonos a todo este conjunto y a sus relaciones, por lo que trataremos, en cada caso, de precisar el sentido de la expresión.

En otro orden, cabe advertir que aquí procuramos describir la situación actual de este conjunto en la región, para señalar un deseable camino futuro y no para solazarnos en las desgracias del presente, pero estamos lejos de pretender asumir el rol de augur, que por lo general acaba en el ridículo. No sabemos bien qué sucederá en el futuro, sólo nos limitaremos a señalar lo que nos parecen algunos *caminos deseables* para superar el presente.

2. El colonialismo nos niega. Intentamos ubicarnos en el actual momento jurídico latinoamericano y, por lo tanto, sólo nos referimos a lo que sucede fuera de la región cuando es imprescindible, es decir, cuando se nos impone por la obvia circunstancia de que no estamos solos en el mundo ni mucho menos, dado que el colonialismo es un fenómeno de poder planetario que lleva siglos de dinámica.

El peor error que podríamos cometer es quedarnos en visiones parciales de nuestra realidad regional y, peor aún, encerrarnos en la realidad local cotidiana de cada uno de nuestros países.

La equivocada creencia de que nuestros problemas son sólo de *campanario* (lo que podríamos llamar *municipalización del poder*), conspira contra la urgente necesidad de un replanteo correcto, que sólo puede ser regional y en el contexto mundial.

Pero no podemos ingresar al tratamiento del *colonialismo* en el marco latinoamericano sin afrontar una cuestión previa que, de entrada, nos plantea el propio colonialismo cuando, para impedir de raíz cualquier análisis de su accionar, opta por negar directamente nuestra existencia, o sea, afirmando rotundamente que *no existimos, que no somos nada*. Así, el colonialismo y algunos de sus acólitos locales suelen decir que *Latinoamérica no existe, que no tenemos nada en común entre los latinoamericanos*. No es demasiado raro escuchar: *¿Qué tengo en común con un yucateco, con un aymara, con una colonia de alemanes o con las colonias de judíos o de japoneses?*

Este quizá sea el extremo más radical del colonialismo: negarnos, afirmar que *no somos*, expulsarnos a la *nada*, no con el *nicht* de la negación verbal, sino con el *Nichts* de la nada absoluta.

No se trata ni nos preocupa la cuestión terminológica: sabemos que la expresión *América Latina* es criticada por algunos como racista (impuesta por el sueño imperial de Napoleón III), porque no todos somos *latinos*, porque deja fuera a los negros, a los indios, etc. Esta es una discusión abierta y, por nuestra parte, usamos la expresión sin desmedro de que cada uno la cambie por la que considere más correcta.

Lo que nos preocupa no es la *palabra*, sino el objeto que denota: los colonialistas pretenden expeler a la nada el objeto, cualquiera sea la denominación; no se trata de ponernos otros nombres, sino que para ellos *no existimos*, con lo cual el nombre pierde todo sentido, dado que pretenden eliminar directamente al objeto nombrado que, por lo menos¹, somos todos los que habitamos al sur del Río Bravo.

Para el colonialismo y sus referentes locales, no pasamos de ser un conjunto de países nuevos con una multiplicidad de culturas que nunca pueden constituir una unidad y, además, demasiado nuevos, *en formación*.

3. ¿Qué y quiénes somos? Sin embargo, hace tiempo que los latinoamericanos nos estamos mirando entre nosotros, favorecidos por la circunstancia de que la gran mayoría nos entendemos en lenguas muy cercanas. Contra la negación colonialista nos hemos dado cuenta de que hay algo que nos une y nos ha creado: el *colonialismo*. Nos estamos dando cuenta de que *América Latina* es una realidad unitaria y perfectamente reconocible, como producto complejo de casi todas las atrocidades cometidas por el colonialismo en el planeta.

Desde el siglo XV los europeos ocuparon policialmente nuestro continente con parte de su población marginada², trayendo las infecciones que en pocos años mataron a la mayoría de los habitantes originarios. A los sobrevivientes los redujeron a servidumbre. A poco andar, para reemplazar a la población faltante, cometieron el atroz crimen de desplazamiento masivo de africanos esclavizados. Cuando siglos más tarde se

prohibió el tráfico negrero, algunos asiáticos fueron también esclavizados por el Pacífico. En las últimas décadas del siglo XIX y primeras del XX, se produjo un masivo desplazamiento de población desde los países europeos atrasados en el proceso de acumulación originaria, hacia el sur de nuestra región. Con posterioridad llegaron los perseguidos y hambrientos de las dos Guerras Mundiales.

En resumen, nuestra América presenta una enorme riqueza pluricultural, que aún hoy vive un proceso de interacción, que se sintetiza y sincretiza claramente en las cosmovisiones de sus múltiples religiosidades y cultos populares, cuyo centro lo ocupan siempre la Madre Tierra o las fuerzas de la Naturaleza (desde N. S. de Guadalupe, Tonantzin, la Pacha Mama o la Difunta Correa, hasta *las entidades del Atlántico*)³.

La clave de este proceso la proporciona con extrema sutileza la *Filosofía de la historia* de Hegel, que parece ser el negativo más finamente elaborado de esta dinámica. En efecto: Hegel describe el avance del *espíritu* –que más bien parece un espectro desolador– por un camino del que va descartando culturas en su progreso, dejándolas a la vera de su senda triádica con incalificable soberbia. Por cierto que todas ellas, o son originarias, o bien vinieron luego a dar a nuestra región, alimentando nuestro actual mosaico étnico de increíble colorido.

En efecto: para Hegel los indios eran inferiores sin historia⁴, los negros eran amorales⁵, los árabes, mestizos y aculturados eran musulmanes fanáticos, decadentes y sensuales⁶, los judíos estaban sumergidos en el pensamiento

del servicio riguroso⁷, los latinos nunca habían alcanzado el alto período germánico⁸ y los asiáticos apenas estaban un poco más avanzados que los negros⁹.

Los latinoamericanos no teníamos *historia*, sino sólo *futuro*, porque el *Geist* (*su espíritu*) era el que nos había introducido en la historia. Por eso para Hegel –e incluso para Marx, que en este aspecto le era tributario– era positivo que el *Geist* colonizase la India o le robase territorio a los mexicanos.

Todo aquí era *nuevo* y, siguiendo al enciclopedista Buffon, creían que incluso lo éramos geológicamente, por lo que teníamos muchos terremotos y no había animales grandes, porque las montañas estaban equivocadas, corrían de norte a sur, y no correctamente como en Europa, de este a oeste, con lo que cortaban los vientos y hacían que todo se humedeciese y debilitase, incluso los seres humanos. Otros iluminados racistas posteriores tradujeron esta *humedad humana* en la pretendida indiferencia insensible del indio o en el infantilismo del negro, entre otras afirmaciones no menos aberrantes.

Por cierto que no suele citarse a Hegel cuando se hace referencia al racismo en América Latina, porque el que cundió por la región no se nutrió de los argumentos bastante refinados del filósofo alemán, sino de los torpes escritos de un ingeniero de ferrocarriles británico –Herbert Spencer– que fue el grosero ideólogo del racismo colonialista inglés. Spencer era de más fácil lectura y fue quien con su simplismo ramplón cautivó de inmediato a la intelectualidad de nuestras elites, como el grupo porfirista mexicano de los *científicos* o los positi-

¹ La discusión también queda abierta sobre la posible inclusión de otros habitantes de América: el enorme número de latinoamericanos en los Estados Unidos, Puerto Rico, el Canadá francés, el Caribe colonizado por los ingleses, las tres Guayanas, etc. Conforme a lo que señalamos aquí, nos inclinamos a un concepto más bien extensivo de América Latina.

² No olvidemos que la colonización española trajo en su gran mayoría a los habitantes islámicos del sur, recién incorporados con la reconquista. Portugal, dada su menor población, no dejó de traer a todos los perseguidos europeos que se le ofrecían, entre ellos muchos judíos.

³ Cfr. n. “La Pachamama y el humano”, ilustrado por Rep, con prólogo de Osvaldo Bayer y epílogo de Matías Bailone, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, Bs. As., 2011. Desde lo sociológico, las cosmovisiones religiosas son síntesis culturales.

⁴ Hegel, G.W.F.: “Lecciones de filosofía de la historia universal”, Alianza, Madrid, 1980, p. 169.

⁵ Idem, p. 177.

⁶ Idem, p. 596.

⁷ Idem, p. 354.

⁸ Idem, p. 657.

⁹ Idem, p. 215.

vistas de toda la región, que se consideraban progresistas sólo porque hacían profesión de *comecuras*.

Cuando la generación mexicana de 1910 -la de la Revolución- puso a Hegel de cabeza, en especial por obra de Vasconcelos, su imaginación exaltada lo llevó a imaginar al *hombre cósmico*¹⁰. No es necesario exaltarse hasta ese punto, pero basta invertir la imagen de Hegel y reemplazar su ideal *espíritu* por el real *colonialismo*, para caer en la cuenta de que *somos el resultado del dinamismo sincrético de expresiones culturales marginadas por las sucesivas hegemonías planetarias*, lo que nos dota de una interesante unidad, bien singular en el planeta.

Tampoco somos tan *nuevos* como los colonialistas pretenden. No lo somos como *estados*, pues llevamos unos pocos años menos que el estado norteamericano e incluso algunos más que estados europeos, como Alemania e Italia. Pero mucho menos lo somos como culturas: no lo son nuestras culturas originarias y tampoco las de los expelidos por el avance *generoso* y depredador del *Geist* hegeliano, que entrelaza nuestras raíces culturales con las más antiguas y tradicionales de todo el planeta. *Lo nuevo es, justamente, la creatividad del fenómeno de interacción cultural que protagonizamos*.

Si bien no hay un *hombre cósmico* en nuestra Patria Grande, hay un *ser humano latinoamericano* que se va abriendo paso en la historia en permanente resistencia al colonialismo (que le niega o retacea su dignidad de persona), en un territorio en que muchos millones de seres humanos interactúan y sincretizan sus cosmovisiones, que son expresión de todas las culturas sometidas y marginadas por el colonialismo en todo el planeta.

No es poco lo que podemos aportar al

mundo desde esta posición. El siglo XXI amenaza con ser más depredador de la naturaleza que los anteriores, lo que es terrible, teniendo en cuenta que en el siglo pasado la destrucción del *habitat humano* cobró una dinámica de aceleración en proporción geométrica.

Esta pulsión *tanática* de una civilización gravemente neurótica, enferma, también es expresión de un *Geist* en constante *avance* suicida, que desconoce nada menos que los límites de la propia subsistencia de la especie en el planeta que, hasta el presente, es nuestra única casa *habitabile*.

Ninguna de las culturas que Hegel dejó al margen de su *Geist* muestra la misma neurosis tanática, y todas ellas interaccionando pueden llegar a dar una respuesta civilizatoria en la hora crucial de este siglo.

4. ¿Cómo llegamos a ser lo que somos? La incorporación del *humano latinoamericano* a condiciones mínimamente dignas de vida -a la *ciudadanía real*- nunca llegó a ser completa. Su ampliación siempre fue dificultosa y en constante choque con el poder global del planeta. En este accidentado avance se distinguen períodos, en especial entre el colonialismo originario (producto de la revolución mercantil del siglo XV) y el neocolonialismo¹¹ (producto de la revolución industrial del siglo XVIII), aunque, como toda periodización, siempre puede ser arbitraria¹².

Por lo general, a la etapa actual suele llamársela *globalización*, como producto de la revolución tecnológica de fines del siglo XX. Creemos que esta denominación encierra una dualidad riesgosa.

En efecto; nadie puede negar la revolución tecnológica, especialmente en el ámbito comunicacional y, por ende, la expresión *globalización* tiene un sentido perfectamente válido como *hecho*,

o sea, que vivimos un mundo muchísimo más comunicado, *globalizado*. Pero esta revolución tecnológica también va acompañada o desata una nueva forma de dominación hegemónica, o sea, que ha puesto en marcha una nueva etapa de poder planetario, que no es otra cosa que una fase nueva del mismo colonialismo. Por tal razón creemos que es bueno llamar a las cosas por su *nombre* y, en este último sentido, a la forma de dominación que estamos sufriendo preferimos distinguirla del hecho tecnológico, identificándola como la *fase superior del mismo colonialismo*.

Si perdemos de vista que se trata del mismo colonialismo en una fase más avanzada, se nos escapa la visión de nuestra continuidad histórica. Sería demasiado ingenuo creer que el colonialismo se agotó en la versión originaria de ocupación territorial policial, a la que pusieron fin los ejércitos populares con nuestros próceres a la cabeza.

Nuestros próceres fueron verdaderos liberales, convencidos de las ideas iluministas que venían del siglo XVIII europeo; creían sinceramente en ellas. Por su lucha al frente de ejércitos populares no eran racistas ni mucho menos. Por eso, poco después de la independencia, fueron eliminados: a Bolívar intentaron matarlo y lo hubiesen hecho si la tuberculosis no se hubiera anticipado, Sucre y Monteagudo fueron asesinados, Moreno sufrió un dudoso malestar que lo mató en alta mar bajo bandera inglesa, San Martín se marchó prudentemente al exilio, Castelli murió marginado y estigmatizado, Belgrano abandonado en la miseria. Estos hombres no convenían a la nueva potencia hegemónica mundial, porque no eran útiles para la nueva etapa colonialista.

El colonialismo originario se agotó definitivamente con la desaparición del

¹⁰ Vasconcelos, José: "La raza cósmica", FCE, México, 1984; Ídem, "Indología, una interpretación de la cultura iberoamericana", París, s.f. Su idea se expresa aún en el lema de la UNAM: Por mi raza hablará el espíritu. Se refiere claramente al espíritu o Geist hegeliano. Por raza, vocablo que luego adquirió un sentido detestable, debe entenderse cultura. Vasconcelos luego perdió seriamente el rumbo, aunque no por eso debe quitársele mérito a su labor pionera y literaria.

¹¹ Sobre estas etapas, Ribeiro, Darcy: "O processo civilizatório, Estudos de antropologia da civilização", Petrópolis, 1987.

¹² Se observa con razón que el proceso de planetarización del poder es continuo (así, Wallerstein, Immanuel: "Utopística o las opciones históricas del siglo XXI", FCE, México, 1998).

sistema de producción esclavócrata, que no se adaptaba a los requerimientos de la nueva hegemonía mundial británica, dado que ésta debía exportar su exceso de capital originario a la periferia para seguir teniendo precios competitivos en el mercado mundial y, por lo tanto, requería un nivel de complementación tecnológica más alto en ella.

El colonialismo originario resistió en el sur norteamericano, soñando incluso con crear un estado satélite esclavista en México y América Central, intentado por los filibusteros del siglo XIX¹³. La guerra de secesión norteamericana y la tardía Lei Áurea brasileña –y quizá la guerra de Cuba– pusieron fin a sus últimas estribaciones y cerraron definitivamente la etapa originaria.

La segunda fase fue el *neocolonialismo*, que comenzó controlando a nuestros países por medio de las minorías terratenientes, aunque fue una etapa muy prolongada y en la que es menester distinguir capítulos, que a veces se superponen parcialmente¹⁴.

Podemos ensayar una distinción, con el relativismo propio de toda periodización y la advertencia de superposiciones, en tres momentos: el primero, desde el fin de las guerras civiles y la consolidación de los estados hasta 1910 (*las repúblicas oligárquicas*); el segundo, desde esa fecha hasta los años sesenta (*confrontación de populismos y antipopulismos*); el último, desde entonces hasta los años ochenta (*decadencia generacional y seguridad nacional*).

1) Las *repúblicas oligárquicas* que se establecieron cuando terminaron o amainaron las sangrientas guerras civiles posteriores a la independencia, se dieron constituciones liberales sobre la base del modelo norteamericano, que prácticamente era la única constitución republicana que tenían a mano en ese momento.

Pero lejos de realizar el principio de soberanía popular¹⁵, en todos los países de la región algunas familias monopolizaron la producción primaria y constituyeron unas elites que imitaban a Europa en sus modas y costumbres, al margen del resto de la población, que estaba casi toda sometida a condición servil.

Cabe observar que en la América española al menos, nunca tuvimos una *aristocracia*, pues nuestras elites eran de enriquecimiento reciente –aunque a veces se emparentaban con algún noble empobrecido europeo–, por lo que la imitación rayaba casi en el ridículo. Así se montó el *Porfiriato mexicano*¹⁶, la *oligarquía de la carne enfriada* argentina¹⁷, el *Patriciado peruano*¹⁸, la *República Velha* brasileña¹⁹, etc.

El discurso legitimante de estas oligarquías no abandonó al liberalismo, sino que lo deformó en forma aberrante. En general adoptó la disparatada versión grosera de Spencer, que en su embrollo evolucionista de reduccionismo biológico permitía degenerarlo con el racismo²⁰. Por otra parte, el spencerianismo legitimaba precisamente la *tutela* de estas minorías, porque postergaba la efectiva

realización del liberalismo para el momento futuro en que el *pueblo estuviese educado* bajo la tutoría de la oligarquía local, encargada de la *piadosa tarea* de mejorar biológicamente a una población *racionalmente inferior*²¹.

Cabe observar que el racismo de estas oligarquías fue muy particular, porque no se limitó a los pueblos originarios y a los africanos, sino que comenzaron a temer mucho más a los *mestizos*, porque eran mucho más rebeldes que los *puros*²². Rápidamente les vino en auxilio la tesis de la psiquiatría racista francesa, según la cual el cruce de fillos genéticos lejanos produce *degenerados morales*, tanto en el caso del cruce de ibérico con indio como con negro²³.

En el cono sur latinoamericano hubo también una nueva ola de racismo, esta vez contra los *gringos degenerados* (la inmigración europea anarquista, socialista, sindicalista, judía), contra la cual surgieron movimientos de extrema derecha de inspiración francesa antidreyfusiana, xenófoba y antisemita, que convergieron en el apoyo al golpe argentino de 1930.

2) La reacción contra estas caricaturas republicanas comenzó con la guerra civil más sangrienta del siglo pasado (la Revolución Mexicana)²⁴ y se caracterizó por movimientos *populistas*²⁵. Tales fueron el *cardenismo* mexicano, el *Aprismo* peruano, el *velasquismo* ecuatoriano, el *varguismo* brasileño, el *yrigoyenismo* y el *peronismo* argentinos, etc.²⁶.

¹³ Cfr. RosenGarten Jr., Frederic: “William Walker y el ocaso del filibusterismo”, Tegucigalpa, 2002.

¹⁴ El neocolonialismo tuvo una versión africana, en la que reprodujeron violentamente los métodos del colonialismo originario. En el congreso de Berlín de 1885 –convocado por Bismarck– las potencias se dividieron el África subsahariana para su ocupación territorial, incluyendo a potencias que no habían sido colonialistas hasta ese momento, pero que en cuanto a crueldad y genocidios no le fueron en zaga a las tradicionales. Leopoldo II de Bélgica sometió a esclavitud a los habitantes del Congo y se calcula que mató a dos millones y medio de personas en su despiadada campaña de extracción de caucho. A principios del siglo pasado, el imperio alemán extinguió a los hereros en Namibia.

¹⁵ Cabe aclarar que la soberanía popular era de hecho discutible incluso en Gran Bretaña y en los Estados Unidos, donde durante mucho tiempo el acceso al derecho al voto fue bastante selectivo, sin contar con que sólo correspondía a los hombres, o sea que, hasta bien entrado el siglo XX las mujeres no eran parte del Pueblo soberano.

¹⁶ Cfr. Valadés, José C.: “El Porfiriato, Historia de un régimen”, UNAM, México, 1987.

¹⁷ Cfr. presentación a Zaffaroni-Arnedo: “Digesto de Codificación Penal Argentina”, Bs. As., 1996, tomo I.

¹⁸ Cfr. Dalurzo, Oscar: “Nace el patriciado”, Bs. As., 1943.

¹⁹ V. Críppa, Adolfo (Coord.): “As idéias políticas no Brasil”, São Paulo, 1979, vol. I, pág. 233 y vol II, pág. 35.

²⁰ Es clásico el libro de Leopoldo Zea, “El positivismo en México: nacimiento, apogeo y decadencia”, México, 1984.

²¹ En esta línea hubo muchos en América Latina: René Moreno, Julio C. Salas, Miguel Jiménez López, Alcides Arguedas, Francisco Bulnes, etc. En la Argentina, muy significativo: Bunge, Carlos Octavio: “Nuestra América. Ensayo de psicología social”, Bs. As., 1903.

²² Esto ya lo había observado Hegel al sostener que fue un error de los ibéricos, que los ingleses –más inteligentes– no cometieron en la India. Según esto, Gandhi no hubiera debido existir.

²³ Es la famosa teoría de la degeneración de Morel, seguida por Bunge en la Argentina, por Nina Rodrigues en Brasil, etc. Recordemos que Domingo F. Sarmiento opinaba que proveníamos de un cruce de razas poco apto para la democracia (Conflictos y armonías de las razas en América, en Obras Completas, Bs. As., 1953, tomos 37º y 38º).

²⁴ Sotelo Inclán, Jesús: “Raíz y razón de Zapata”, México, 1970; Knight, Alan: “La Revolución Mexicana”, México, 1996; Silva Herzog, Jesús: “Breve historia de la Revolución Mexicana”, FCE, México, 1995.

²⁵ La expresión ha cobrado un sentido peyorativo, cuando en realidad representa un fenómeno político regional, cuyo balance final en términos de redistribución de renta es innegable (sobre esto, n. presentación de “Constitución de la Nación Argentina 1949”, Archivo Nacional de la Memoria, Buenos Aires, 2010).

²⁶ En general fueron antirracistas, por lo que buena parte de sus seguidores fueron los mestizos marginados por las repúblicas oligárquicas.

Fueron movimientos personalistas, fuera de los moldes de los partidos políticos europeos, que desde la perspectiva de éstos mostraban contradicciones ideológicas. Algunos fueron autoritarios y cayeron en ciertos abusos, pero sería largo analizarlos, porque en cada país asumieron modalidades propias.

Estos populismos del siglo XX no podían apelar al discurso político liberal, porque era el asumido por las oligarquías para legitimarse, bastardeado con el *spencerianismo* y arrastrado por el fango de sus intereses sectoriales y casi feudales²⁷. En el período mundial convulsionado de mediados del siglo pasado, que no ofrecía muchos modelos, no llama la atención que se proveyesen de algunos elementos discursivos y estéticos del autoritarismo europeo de entreguerras, ofreciendo un flanco de ataque que generó muchísimas confusiones y apresurados etiquetamientos de mala fe, no sólo en los países centrales²⁸, sino también entre nuestros sectores medios apenas incorporados a la ciudadanía y con pretensiones de *minorías iluminadas con las luces del centro*.

Cabe advertir que sólo se trató de elementos discursivos y estéticos, porque nunca hubo ni podía haber un mito imperial en estos populismos que, como se sabe, es el elemento esencial del totalitarismo europeo. Además, su objetivo nunca fue –como en Europa– una alianza con los sectores privilegiados para contener el avance de la ciudadanía real, sino una confrontación abierta con éstos, o sea, de signo diametralmente opuesto al europeo²⁹.

3) La intervención norteamericana en Guatemala en 1954, el forzado suicidio de Vargas en el mismo año y la violenta destitución de Perón en la Argentina en

1955, el viraje de Paz Estensoro en Bolivia, el cambio de discurso del APRA en Perú, el fin de la *era de los generales* en el PRI mexicano y los derrocamientos de Velasco Ibarra en Ecuador³⁰, señalaron el comienzo de un gran embate neocolonialista contra las pulsiones redistributivas de los populismos regionales, por lo general desprestigiados por la propaganda mediática³¹ y por el coro de minorías *iluminadas* (o deslumbradas por las *luces del centro*).

Los esfuerzos del neocolonialismo por contener y desbaratar la extensión de la ciudadanía real en la región, es decir, por revertir las tendencias redistributivas, no ahorraron fraudes, maniobras ni violencias, infinitamente peores que cualquier eventual abuso que hubiesen cometido los populismos.

En pocas décadas acabaron por ocupar militarmente varios países de la región con nuestras propias Fuerzas Armadas y desataron la *guerra centroamericana*, agitando el *fantasma cubano* y enarbolando la llamada *doctrina de la seguridad nacional*. Esta *doctrina* provenía del colonialismo francés en Argelia e Indochina. Alucinaba una guerra entre *oriente y occidente*, retomaba la teoría del partisano de Carl Schmitt, que introducía el pseudoconcepto de *guerra sucia*, a la que no son aplicables ni las leyes penales ni el derecho internacional humanitario, o sea, que queda fuera del derecho, es decir que, en definitiva, a quienes se opusiesen o fuesen algo molestos a la *auto-ocupación* territorial de las fuerzas armadas, se les podía neutralizar a costa de cualquier mal, incluyendo tortura, muerte y desaparición forzada³².

Esta curiosa y simplista *doctrina* fue importada a la Argentina directamente desde la Francia colonialista de los años

cincuenta, pero luego se difundió por América Latina –en una versión aún más simplificada–, desde la *Escuela de las Américas* en Panamá, donde se pervertió la mente de los cuadros superiores con la alucinación de la cruzada para *salvar al occidente cristiano*: la llamada *guerra fría* de la posguerra se alucinó como guerra caliente.

5. La actual fase superior del colonialismo. Los brutales genocidios cometidos en el Cono Sur y la *guerra centroamericana* fueron el *coletazo final del neocolonialismo*, coincidente con el momento económico mundial en que acabó el ciclo expansivo de posguerra. A partir de entonces el norte impuso un nuevo momento de colonialismo, que es su actual *fase superior*, con predominio del poder financiero transnacional, válido del actual desarrollo formidable de la tecnología de comunicación.

En los años setenta del siglo pasado se cerró el ciclo expansivo de las décadas de posguerra (los *gloriosos treinta años*), con el aumento sideral del precio del petróleo, abriéndose la actual *fase superior del colonialismo*, caracterizada por la hegemonía de las corporaciones sobre la política.

El norte archivó tanto el *keynesianismo* en economía como sus correlativos modelos de *estado social* o *Welfare State del New Deal* norteamericano de Roosevelt y de la socialdemocracia europea, para abrazar el discurso de los nuevos *gurúes* de la teocracia de mercado: Friedrich von Hayek, Milton Friedman y su larga lista de repetidores, adoradores del ídolo omnipotente de la *mano invisible*. Debido a la enorme abundancia de dólares que se imprimieron en los años setenta del siglo pasado para pagar los precios siderales del petróleo, se forzó al sur a contraer

²⁷ Sobre esto, n. trabajo “Descolonización y poder punitivo”, en “Contextos”, Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, 2012, nº 3.

²⁸ En Europa hoy se denominan populismos a los renacimientos de ultraderechas xenófobas y racistas que avanzan peligrosamente en encuestas y elecciones, cuando los populismos latinoamericanos, justamente, fueron los que permitieron la incorporación de nuestros discriminados raciales, por lo que las elites los tildaron siempre de *demagogos*.

²⁹ Cfr. Hobsbawm, Eric: “Historia del Siglo XX”, Crítica Bs. As., 2012, pág. 121.

³⁰ Cfr. Piñeiro Iñiguez, Carlos: “Hernández Arregui”, Editorial Continente, Bs. As., 2013, p. 44.

³¹ En casi todos los casos, los medios masivos de comunicación se concentraron en monopolios u oligopolios y lanzaron campañas de desprestigio, en general centradas en la corrupción, para lo cual se inventaron casos que terminaron en nada o se magnificaron casos puntuales. En el caso de Getúlio Vargas, fue precipitado al suicidio por un periodista de dudosa ética. La corrupción estructural en la región no fue la de los populismos, sino la de los festivales de privatización, en particular de los años ochenta y noventa del siglo pasado.

³² Cfr. Feierstein, Daniel: “El genocidio como práctica social”, FCE, Buenos Aires, 2007; Robin, Marie-Monique: “Escuadrones de la muerte. La escuela francesa”, Sudamericana, Buenos Aires, 2005; Saravia, Mariano: “Genocidios argentinos”, Editorial Raíz de dos, Córdoba, 2011.

deudas astronómicas, que lo condenaban al eterno pago de intereses y a quedar en manos de organismos internacionales controlados por los países colonizadores.

Desde los años ochenta comenzaron a sentirse en la región los efectos de esta fase colonialista. La contención de las pulsiones redistributivas se atavió ideológicamente con la recepción de la teocracia de mercado privatizadora, impulsada por la propaganda de los medios de comunicación oligopólicos y acogida por políticos locales –incluso algunos de vieja proveniencia populista³³–, lo que provocó descapitalización estatal, regresión en la redistribución de la renta, consiguiente concentración de riqueza, desempleo, endeudamiento público, negociados, corrupción estructural de volumen nunca antes sospechado y, finalmente, colapsos críticos sumamente peligrosos para la estabilidad institucional.

En el plano discursivo continuó la confusión ideológica, puesto que los teólogos del mercado –siguiendo la vieja tradición oligárquica de arrastrar por el estiércol el nombre del liberalismo, se autodenominan *liberales o neoliberales*.

Más aún: en el máximo de la hipocresía, sus *gurúes* pretenden que no puede haber liberalismo político sin idolatrar al mercado, es decir, a las corporaciones transnacionales que hoy amenazan al poder político, tanto en nuestra región como en Europa y en los propios Estados Unidos. Afirmaba von Hayek que todo intervencionismo y planificación es un *camino a la servidumbre*³⁴, mentira que queda rotundamente al descubierto con la íntima relación –incluso personal– del llamado *liberalismo económico* con la dictadura chilena³⁵.

La difusión del *neoliberalismo* (con perdón del liberalismo) fue favorecida por el simplismo ideológico del neoco-

lonialismo de posguerra (*guerra fría*). La progresiva desilusión respecto del *socialismo real*, la posterior caída del *muro de Berlín*, la decoloración de las socialdemocracias e izquierdas europeas, provocaron una sensación de caos inexplicable, dejando un vacío que fue bien aprovechado por las derechas de los idólatras del mercado y del capital financiero.

En su máxima exaltación, los ideólogos del capitalismo financiero aprovecharon a Hegel y dieron vuelta a Marx, vendiendo la idea del *fin de la historia* con la *muerte de las ideologías*. Para estos alegres triunfadores, la historia había llegado a su fin, estábamos en el paraíso del capitalismo de mercado, la política sólo debía tener por objeto discutir la mejor manera de garantizar la más absoluta libertad para el ídolo omnipotente, no se necesitaban más ideas, sino sólo el culto a una realidad que funcionaba por sí misma, regida por la mano pretendidamente *invisible* del ídolo.

Lo cierto fue que esta idolatría no logró ocultar por mucho tiempo los negociados y estafas siderales que el capitalismo financiero y las corporaciones cometieron en el propio centro hegemónico y, menos aún, las crisis que el fundamentalismo de mercado generó en la región y que dieron lugar a que desde comienzos de este siglo surgieran varios gobiernos sudamericanos que procuran cambiar el rumbo y que, en un marco ideológico más coherente, remozaron en parte a los viejos populismos, ensayando una nueva reducción de la desigualdad social.

Sin embargo, en México y Centroamérica se impuso una *alianza* de supuesto *libre comercio* con Estados Unidos y Canadá, que deja a esos países ligados a los avatares de la economía norteamericana. De alguna manera esta alianza reconstruye geográficamente el

sueño de los filibusteros esclavistas del siglo XIX y configura la resistencia a las nuevas pulsiones redistributivas del sur.

Cabe aclarar que en esta alianza la *libertad* es de mercancías, pero no las personas ni de mano de obra, lo que da lugar a la desgraciada violencia del tráfico de personas en la región, donde miles de centroamericanos, impulsados por la miseria y el hambre, tratan de atravesar México para llegar a los Estados Unidos, siendo objeto de toda clase de maldades y asesinatos por parte de los grupos de traficantes que dominan territorio en el debilitado estado mexicano, en tanto que otros perecen perdidos en el desierto.

6. La polarización en la fase superior del colonialismo. En esta *fase superior del colonialismo* no se ocupan territorios policialmente, como en el colonialismo originario, derrotado por los libertadores; tampoco se acude a oligarquías vernáculas que mantengan a la población en servidumbre, como las que los pueblos desplazaron hace un siglo; ni siquiera se psicotiza a las fuerzas armadas para que ocupen los territorios por cuya soberanía debían velar, porque ya no son confiables y provocan resistencia popular.

El colonialismo siempre es producto de un esquema hegemónico mundial, que opera tanto en el centro del poder colonizador como en la periferia colonizada. En la etapa originaria reforzó en el centro la verticalidad corporativa de la sociedad ibérica hasta el punto de sacralizarla e impedirle su adaptación a la industrialización. En el neocolonialismo provocó una concentración urbana en las metrópolis que, al no poder incorporar a toda la población al sistema productivo por insuficiencia del capital originario (o por imposibilidad de su reinversión en el mercado interno) generó las llamadas *clases peligrosas*³⁶.

³³ Así, Carlos Menem en la Argentina, Carlos Salinas de Gortari en México y Fernando Henrique Cardoso en Brasil.

³⁴ Hayek, Friedrich: "El camino de servidumbre", CATO Institute, Madrid, 1944.

³⁵ Klein, Naomi: "La doctrina del shock. El auge del capitalismo del desastre", Paidós, Bs As, 2008.

³⁶ La expresión se usó por vez primera por el Colegio de Francia en 1838, en la convocatoria a un concurso, que dio por resultado la obra de Fregier, cfr. nuestro trabajo "Las clases peligrosas: el fracaso de un discurso policial prepositivista, en "El penalista liberal, Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba", Buenos Aires, Depalma, 2004; reproducido en "Seqüência", Revista do Curso de pos-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, nº 51, ano XXV, Dezembro de 2005.

En los centros hegemónicos hoy las corporaciones ponen sitio o se apoderan y controlan al poder político sin ninguna necesidad de vencer a un ejército ni pasar una línea *Maginot*, porque extremen la modalidad de valerse de colaboracionistas (el mariscal valetudinario es reemplazado por *jóvenes brillantes*), para que por cuenta de los ocupantes se encarguen de cuidar el territorio ocupado.

Allí también políticos dóciles distraen a sus pueblos con la islamofobia racista, para desviar la tensión que provoca el desempleo de más de la mitad de sus jóvenes y otras consecuencias de la teocracia de mercado, entre las que se cuentan las astronómicas estafas de sus bancos, que desencadenan crisis que pagan sus contribuyentes³⁷.

En la periferia, en esta *fase superior del colonialismo*, se opera de modo parecido, tratando de imponer gobernantes sumisos a los intereses del capital financiero transnacional o procurando destituir a quienes les opongan resistencia o descalificar a los políticos que los denuncian.

Para eso el colonialismo se vale de la *opinión pública*, convenientemente formateada por los medios masivos de comunicación monopolizados, que forman parte del mismo capital transnacionalizado, como también de políticos inescrupulosos o insensatos, de *lobbyistas* (corruptores especializados) y de técnicos políticamente asépticos, previamente esterilizados en los cónclaves de sus *Think Tanks* centrales.

Es una ingenuidad política peligrosa percibir la situación actual de Latinoamérica fuera del marco del *colonialismo*, como si éste se hubiese agotado o extinguido, cuando en realidad nos hallamos inmersos en una fase nueva y superior del mismo, que no por eso deja

de ser tan criminal y despiadada como las anteriores.

La lucha contra toda posible -y aún tímida- redistribución que acorte la distancia entre las diferentes capas sociales, sigue al rojo vivo en todo el mundo, donde confrontan dos modelos de estado, que tratan de configurar dos respectivos modelos de sociedad: uno *incluyente* y otro *excluyente*.

El primero procura retomar y adecuar a las nuevas realidades el estado de bienestar, ampliar nuevamente la base de ciudadanía real, reducir la inequidad en la distribución.

El segundo trata de reafirmar la exclusión existente y en lo posible ampliarla. Toda redistribución la objeta como una *expropiación*, retomando criterios retrógrados que se remontan a la jurisprudencia constitucional norteamericana del siglo XIX³⁸, largamente superada en su propio país de origen.

En el fondo económico, lo curioso es que no parece darse una opción entre *capitalismo* y *socialismo*, en el viejo sentido del siglo pasado, sino entre un *capitalismo productivo más o menos razonable*, frente a otro *monopólico y financiero que sólo busca provocar y concentrar renta*.

Toda vez que en América Latina el modelo que procura inclusión debe vencer la resistencia del capital financiero transnacional y de sus personeros locales, la polarización, en otro plano, se da entre *independencia* o *dependencia*.

En síntesis, puede afirmarse que se contraponen los siguientes elementos:

(a) Por el lado del colonialismo: *modelo social excluyente, no redistribución, desigualdad extrema, dependencia*.

(b) Por el de la resistencia al colonialismo: *modelo social incluyente, redistribución, menor desigualdad, independencia*.

Esta polarización puede traducirse bien sintéticamente en términos jurídicos y en particular de Derechos Humanos: *el colonialismo se opone al derecho humano al desarrollo, en tanto que la resistencia al colonialismo impulsa su realización*.

Veremos a continuación, que los hechos permiten verificar que es imposible desligar el derecho al desarrollo humano del derecho a la vida (individual y de la humanidad en peligro) y de la norma básica de la antropología constitucional: *todo ser humano es persona*.

6. La criminalidad del colonialismo en esta fase superior. En sus diversas fases, el colonialismo se ha resignado a asumir lo inevitable, pero siempre reacomodándose a las nuevas circunstancias para detener la incorporación a la dignidad ciudadana o impulsar su retroceso, en la mayoría de los casos a costa de los más aberrantes crímenes, sin reparar en lo más mínimo en el número masivo de muertes que provoca.

Como vimos, no le importó la casi extinción de los originarios, la esclavización de los africanos transportados y de sus descendientes, la marginación racista de los criollos y mestizos, la reducción a servidumbre de pueblos enteros; no ahorró violencias, vilezas ni genocidios con tal de contener las pulsiones incluyentes. En su haber cuenta en nuestra Patria Grande con muchos millones de víctimas de violencia, enfermedad, hambre, miseria y toda clase de carencias elementales, como también con cuanta violación se haya imaginado a los principios del liberalismo político, que suele esgrimir como falsa bandera, degradándolo a triste fanteoche de un carnaval trágico.

Por cierto, *su fase actual también es criminal*, aunque se desliza por carriles

³⁷ Las maniobras de administración fraudulenta de estos bancos no son observadas ni detenidas por los bancos centrales ni por ninguna otra autoridad de control, que se muestran ineficaces para detectar groseras manipulaciones, sea por incapacidad, inoperancia, negligencia o complicidad (cfr. n. "El rol del derecho penal y la crisis financiera", en "Revista de derecho penal y criminología", La Ley, Bs. As., diciembre de 2014; importante es la obra de Naucke, Wolfgang: "Der Begriff der politischen Wirtschaftsstraftat – Eine Annäherung", Berlín, 2012).

³⁸ La teoría del derrame y la indemnidad de monopolios y privilegios dio lugar a que durante décadas, la Suprema Corte de los Estados Unidos impidiera el establecimiento de una escala progresiva para el impuesto a la renta: se sostenía a rajatabla la igualdad en el impuesto, cualquiera sea la renta, por considerar que cualquier porcentual mayor sobre la mayor renta era una expropiación a las clases productivas y dinámicas en beneficio de las menos productivas y más vagabundas (cfr. Horowitz, Morton J.: "The Transformation of American Law, The Crisis of Legal Orthodoxy 1870-1960", New York-Oxford, 1992).

de más sofisticada perversidad que en sus etapas anteriores, pero no por eso menos letales y genocidas.

No es hoy la acción directa del poder represivo estatal la principal causante de los homicidios masivos, pese a su alto grado de letalidad (escuadrones de la muerte, desapariciones forzadas, ejecuciones sin proceso, *gatillo fácil*, colusión con grupos criminales violentos, torturas) y a que en ocasiones se identifique y confunda la acción estatal con la criminal, en forma peligrosamente deslegitimante de toda autoridad y del poder estatal en general, lo que también es funcional al capital financiero internacional.

La modalidad del control colonial actual varía en la región según las diferentes circunstancias geopolíticas, pero insistimos en lo siguiente: *en toda la Patria Grande, conforme al modelo de sociedad excluyente, tiene como objetivo común el montaje de un violentísimo aparato estatal represivo de control punitivo masivo de la población excluida.*

El poder financiero transnacional no se equivoca en sus objetivos aunque, como se mueve ideológicamente, a veces yerra en el plano de la realidad social. Tanto en el centro como en la periferia -es decir, en ambas puntas del poder hegemónico planetario-, proyecta su modelo de sociedad excluyente.

(a) En el centro norteamericano, desde fines de los años setenta del siglo pasado se abandonó el *New Deal* y el *welfare State* y se montó un aparato represivo monstruoso, que tiene por objeto controlar a su población de negros y latinos y frenar la inmigración del sur, que intenta desplazarse impulsada por la necesidad.

De esta manera, el estado norteamericano se ha convertido en el campeón

mundial de la prisionización, pasando a la tradicional Rusia. Desde 1989 más de la mitad de su enorme población penal está compuesta por afroamericanos³⁹.

Las elementalísimas medidas redistributivas de la administración democrata (salud, inmigrantes, etc.) han sido bloqueadas u obstaculizadas al máximo por sectores de una derecha peligrosamente belicista y en extremo funcional al capital financiero transnacional y a su proyecto excluyente.

(b) En Europa, los parientes pobres incorporados a la Unión, sufren medidas económicas de ajuste, que produjeron el desempleo de la mayor parte de la faja etaria menor de veinticinco años.

El aparato represivo europeo crece lentamente, pero aún centra su atención sobre los inmigrantes, cuyo porcentaje prisionizado excede el de su presencia en la población total.

Es probable que esta orientación se centre rápidamente en la población islámica, incluso nativa europea (aunque no del todo incorporada a la ciudadanía real), dada la *islamofobia* que cunde en particular en Francia y en Alemania, especialmente después del crimen contra la revista parisina: *si bien no todo islámico es terrorista, puede llegar a serlo, o, más aún, lo que sucede es que todavía no lo es*. Tal es el actual discurso de la derecha xenófoba europea y de otros menos explícitos y más hipócritas⁴⁰.

Por otra parte, el Papa ha señalado el riesgo de convertir al Mediterráneo en un cementerio. Esas palabras tienen un sentido profundo: el Mediterráneo -cuna de la civilización europea-, vergonzosamente está convertido hoy en la tumba de miles de prófugos del hambre y de la violencia colonialista practicada por esa misma civilización, que son explotados por miserables que les cobran por llevarlos en embarcaciones

frágiles hasta las costas europeas o los dejan luego a la deriva. Quizá con esto Europa rememora el genocidio de Cartago o, tal vez, sea el desierto de Arizona europeo, o quizá el nuevo *muro*.

Aún el aparato represivo europeo no ha desplazado su acción contra los jóvenes desocupados, pero lo hará en cuanto su protesta deje de ser pintoresca y comience a ser disfuncional para el poder financiero, aunque los medios masivos de comunicación no dejan de difundir calumnias impunes en cuanto aparece alguna forma de organización que es percibida como una amenaza seria. Es probable que cualquier movimiento de jóvenes desempleados sea en el futuro presentado al público como una traición que *quiebra el frente interno en la guerra al terrorismo*.

(c) En Sudamérica la alta violencia homicida en nuestras zonas de vivienda precaria (*favelas, villas miseria, pueblos jóvenes, etc.*), en particular en países extensos como Brasil y México, como también entre los diferentes grupos de las llamadas *maras* centroamericanas, es funcional a la contención de toda pulsión hacia una mejor redistribución de la renta, como también la letalidad del accionar policial, que tiene lugar con clara tendencia selectiva clasista y a veces racista⁴¹. No son extraños a esta funcionalidad los esfuerzos por desbaratar cualquier tentativa más o menos seria de pacificación, como la que se intenta en estos días en Colombia.

(d) La situación geopolítica -en particular respecto de la producción y distribución de cocaína- hace que el Cono Sur, al menos de momento, registre niveles relativamente bajos de violencia.

En este caso el poder financiero no ahorra esfuerzo por instigar mediáticamente a la venganza, creando una rea-

³⁹ Sobre este giro hacia la sociedad excluyente, Simon, Jonathan: "Governing through crime: how the war of crime transformed american democracy and created a culture of fear", Oxford, 2009; trad. castellana, "Gobernar a través del delito", Gedisa, Barcelona, 2012.

⁴⁰ La enorme población islámica en algunos países europeos es producto de la etapa expansiva, en que se fomentó su inmigración para realizar los trabajos que los nacionales no deseaban y, también como resultado del envejecimiento de sus propias poblaciones, por la reducción de las tasas de natalidad. No es raro que hoy se pretenda incentivar la islamofobia entre los jóvenes desempleados, imputando a los islámicos que les usurpan sus puestos de trabajo. Lo cierto es que la población islámica europea de Francia y Alemania (países más islamofóbicos) es hoy nativa de esos mismos países, donde se los discrimina y no han sido objeto de una adecuada incorporación.

⁴¹ Algunas investigaciones en Brasil indican un aumento de selectividad racista en las muertes policiales. En general, sobre la situación de la población negra en Brasil: Matijascic, Milko / Dias Silva, Tatiana: "Situação social da população negra por estado", Brasília, 2014.

lidad mucho más violenta que la letalidad registrada, con el mismo objetivo que en el resto de la región: *exigir el montaje de un aparato represivo violento y gigante para controlar a los excluidos en su proyecto de desigualdad social.*

6. El genocidio por goteo en marcha: América Latina como campeona mundial de muerte. El panorama de letalidad violenta de nuestra región representa un *genocidio por goteo*. Las cifras de la ONU muestran que de los 23 países que en el mundo superan el índice anual de homicidios de 20 por cada 100.000 habitantes, 18 se hallan en América Latina y el Caribe y 5 en África⁴².

Estas cifras son *oficiales*, cuando sabemos que en algunos de nuestros países su confiabilidad es relativa, o sea, que es muy posible que registren menos muertes que las reales y, además, hay algunos en que el número de desapariciones forzadas dista de ser insignificante.

Pero basta con atenerse a las aterradoras *cifras oficiales* señaladas, para comprender que se trata de un enorme número de vidas jóvenes sacrificadas, en una dimensión que excede la media de todas las sociedades del mundo y que sólo se parangona con conflictos bélicos.

Si sumásemos los números de muertos en diez años lo veríamos con mayor claridad, pues equivale al de una gran ciudad. No lanzamos las bombas de Hiroshima y Nagasaki, pero las superamos en una década: *son nuestros Fat Men y Little Boys con paciencia*. Esta realidad se oculta o *normaliza* frente a la *opinión pública latinoamericana*.

Son varias las investigaciones locales que muestran que esas tasas se concentran en nuestros barrios y asentamientos

precarios, como también que los homicidios allí cometidos son los que *presentan los porcentajes más altos de no esclarecimiento e impunidad*: parece que no vale la pena investigar y menos prevenir la muerte de los que sobran, considerados descartables⁴³. Todo esto corresponde a la modalidad de control de la exclusión propia de esta fase avanzada del colonialismo. Es el efecto que sobre nuestra región tiene la *Tercera Guerra Mundial no declarada*.

Si bien cierto pensamiento progresista teme el empleo de métodos de control violento de siglos pasados, la verdad es que nuestros barrios precarios ya no son predominantemente controlados con tanques y policías, y menos aún con los *cosacos del Zar*. Por el contrario, *hoy se fomentan las contradicciones entre los propios excluidos y entre éstos y las fajas recién incorporadas*⁴⁴. Desde hace tiempo observamos - y las cifras disponibles confirman - que los *criminalizados, los victimizados y los policizados, se seleccionan de las mismas capas sociales carenciadas o de las más bajas incorporadas o semi-incorporadas. El fomento de la conflictividad entre los más pobres potencia una violencia letal que ahorra la mayor parte de la tarea genocida que otrora practicaban las agencias estatales, al tiempo que obstaculiza la concientización, la coalición y el protagonismo político coherente y organizado de los excluidos.*

En efecto: parece pensarse que mientras los pobres se matan, al mismo tiempo se eliminan y reducen y no tienen tiempo ni oportunidad de coaligarse racionalmente.

La altísima violencia que condiciona este *genocidio por goteo*, al igual que la diferencia con el Cono Sur, no podrían

explicarse sin la incidencia de la economía creada por la *prohibición de la cocaína*, como de otros tóxicos con menor incidencia.

La demanda de este tóxico no sólo es rígida, sino que se fomenta mediante una publicidad paradójica, que asocia su uso a la transgresión, siempre atractiva a las capas jóvenes.

Ante esta demanda incentivada, la prohibición reduce la oferta y provoca una formidable *plusvalía del servicio de distribución*, que se controla mediante las agencias que persiguen el tráfico y que desempeñan la función de *entes reguladores del precio de la cocaína*.

Se trata de un rudimentario recurso alquímico, que bien podría usarse con cualquier otro objeto, por despreciable que fuere, siempre que tuviese una demanda rígida o en condiciones de ser aumentada.

El tóxico se produce en nuestra región y en ella queda alrededor del 40% de la renta total, en tanto que la mayor parte la produce la plusvalía del servicio de distribución interno de los Estados Unidos.

La competencia por alcanzar el mayor mercado de consumo (la exportación a los Estados Unidos), tiene lugar también en América Latina, con altísimo nivel de violencia competitiva en los países más próximos, que se incentiva con armas exportadas del país demandante, que además monopoliza el servicio de reciclaje del dinero de la totalidad de la renta⁴⁵.

Para garantizar el monopolio del reciclaje existe un organismo internacional secundario -el GAFI-, que abusa de su autoridad extorsionando con graves sanciones económicas a nuestros países, con el pretexto de controlar el financiamiento del terrorismo⁴⁶, al

⁴² Carranza, Elías: "Conferencia en el Congreso Federal sobre Reformas Legislativas, febrero de 2014, Mar del Plata, Argentina. Texto en: <http://www.pensamientopenal.org.ar/wp-content/uploads/2014/02/Carranza-MARDELPLATACongr-Federal-sobre-Reformas-Legislativas-Feb2014.pdf>

⁴³ Por todas ver la del Instituto de Investigaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en www.csjn.gov.ar/investigaciones/

⁴⁴ Cravino, María Cristina: "Derecho a la ciudad y conflictos urbanos. La ocupación del Parque Indoamericano", Ediciones de la Universidad Nacional de General Sarmiento, Buenos Aires, 2013. Asimismo se recomienda el resto de la obra de esta autora, vg: "Vivir en la villa", "Las villas de la ciudad", "Cuestión social y política social en el Gran Buenos Aires", "Los mil barrios (in)formales", etc, todas de la misma editorial universitaria.

⁴⁵ Esta es la diferencia fundamental con la reforma constitucional norteamericana que estableció la prohibición alcohólica de los años veinte del siglo pasado. En ese caso, la producción, competencia para alcanzar al consumidor y distribución se hacía en el interior del territorio norteamericano, lo que dio lugar a la simbiosis de crimen violento y astuto, usualmente conocida como mafias. Hoy rige una clara división internacional del trabajo en materia de cocaína, donde la peor parte queda al sur del Río Bravo: México se queda con los muertos y Estados Unidos con la mayor parte de la renta.

⁴⁶ Bailone, Matías: "El antiterrorismo y su impacto sobre los derechos humanos a propósito de la ley 26.268", en INFOJUS, SAIJ, Ministerio de Justicia de la Nación, 2007.

tiempo que los obliga a tipificar penalmente esta figura difusa, abriendo la posibilidad de criminalización de disidentes y minorías, como ha sucedido con los indios mapuche en Chile⁴⁷.

La prohibición de cocaína también genera mercados internos en nuestros países, lo que da lugar a un tráfico que en buena medida es de supervivencia, al menos en sus eslabones menores. También este tráfico interno provoca letal competencia violenta en las zonas más humildes, sobre la que opera una considerable intervención policial, puesto que inevitablemente la cobertura de algún grupo en perjuicio de otros, pasa a ser una fuente de recaudación de alto valor para las cúpulas de las agencias autonomizadas.

La *guerra a la droga* que, como era previsible, estaba perdida desde el comienzo, se ha convertido en la mayor fuente de letalidad violenta de la región. Ha causado cientos de miles de muertes de jóvenes en pocos años, cuando se hubiesen necesitado siglos para provocar un número cercano por efecto del abuso del tóxico.

En América Latina hoy la cocaína no mata por sobredosis⁴⁸, sino que el problema de salud lo provoca ahora su prohibición, que da por resultado muertes por concentración de plomo. Desde el punto de vista sanitario se convierte en una causa de muerte importante, en particular en la faja joven.

Esta política suicida y absurda desde el punto de vista penal y de salud, sólo es coherente como instrumento colonialista para corromper a las instituciones policiales, infiltrarse en la política y, en algunos países, para desprestigiar a las fuerzas armadas y debilitar la defensa nacional.

7. La normalización del genocidio y la creación de la violencia. En América La-

tina, los medios de comunicación se hallan concentrados en grandes monopolios que forman parte del capital financiero transnacional. Usualmente se afirma que *están al servicio del poder económico transnacional*, lo que no es cierto: su volumen los lleva directamente a ser parte de éste, en una compleja red de intereses íntimamente compartidos.

En estas condiciones no puede llamar la atención que sus mensajes sean perfectamente funcionales al modelo de sociedad excluyente que este poder fomenta. En consecuencia, juegan un papel central en el ocultamiento o estímulo del *genocidio por goteo* que se está cometiendo en la región.

En los países que sufren alta violencia real, donde el aparato represivo mortífero es funcional a la letalidad entre excluidos, la televisión concentrada cumple la función de ocultarla, disimularla, minimizarla y, en general, *naturalizarla*, es decir, mostrarla como un fenómeno caído del cielo, autogenerado e inevitable: *sucede en todos lados, no se puede hacer nada, sólo leyes más represivas*.

Por el contrario, en el Cono Sur, donde es mucho menor la violencia letal, la televisión concentrada crea una realidad violenta para exigir –mediante reiterados mensajes vindicativos– el montaje de ese aparato mortífero. Es continua la instigación televisiva a la violencia, al linchamiento, a la criminalización de niños, a la estigmatización de adolescentes y jóvenes de nuestros barrios precarios, creando estereotipos criminales con sus características⁴⁹.

Los recursos de esta publicidad vindicativa populachera (*völkisch*) son ampliamente conocidos, aunque no por eso menos eficaces: la invención de *víctimas-héroes*, la reiteración de la no-

ticia roja sensacionalista, la exhibición de unas víctimas y el meticuloso ocultamiento de otras, los comunicadores moralmente *indignados*, el desprecio a las más elementales garantías ciudadanas, el reclamo de un retroceso a la premodernidad penal y policial, etc. En definitiva, *se trata de mostrar a las víctimas como victimarios*.

La misma comunicación de entretenimientos televisiva –las famosas *series policiales*– son una clara incitación a la violencia como única forma de resolver todos los conflictos y, al mismo tiempo, una abierta publicidad del desmesurado aparato represivo norteamericano.

Es reiterada la imagen del *héroe policial* que logra acabar con el villano y salvar a la mujercita (nunca mostrada como inteligente) gracias a que desoye los llamados a la prudencia de algún jefe o funcionario y viola reglas procedimentales. Se trata de personajes temerarios, que no experimentan miedo, hiposensibles al dolor, hiperactivos, machistas, hipersexuales, que no se trauman por matar, es decir, que reúnen las más comunes características psicopáticas.

Lo cierto es que la imagen de la violencia que tiene nuestra sociedad es la que proyectan los medios oligopolizados, sea ocultando o disfrazando la existente o inventando la que no existe, siempre con el objetivo claro de montar un poder represivo mortífero y brutal, habilitado mediante una legislación penal premoderna o medieval.

8. Efectos en las políticas locales. En sociología es ampliamente conocido el famoso *teorema de Thomas*, según el cual no importa que un hecho sea verdadero o falso, bastando que sea dado por cierto para que produzca efectos reales. Por cierto que la creación de realidad violenta en Latinoamérica produce efectos reales⁵⁰.

⁴⁷ Villegas, Myrna: "Estado de excepción y antiterrorismo en Chile. Criminalización de la protesta social con especial referencia a los indígenas", en "Revista de Derecho Penal y Criminología", La Ley, Buenos Aires, Julio de 2013. p. 3.

⁴⁸ Tampoco es verdad que haya una alta incidencia de homicidas intoxicados por cocaína. Infinitamente mayor en toda la región es el número de homicidas cometidos bajo efectos del alcohol. Ver la investigación citada del Instituto de Investigaciones CSJN.

⁴⁹ Cfr. Nuestra obra publicada en Italia: Zaffaroni / Caterini: "La sovranità mediatica, una riflessione tra ética, diritto ed economia", CEDAM, Padova, 2014. En particular allí, Zaffaroni / Bailone: "Delito y espectáculo. La criminología de los medios de comunicación".

⁵⁰ Hay otros aspectos en que, conforme al teorema de Thomas, la creación mediática de la realidad funciona letalmente: la imagen de la violencia provoca un armamentismo de la población en general, que intensifica la letalidad de cualquier conflicto, aunque nada tenga que ver con el genocidio por goteo, como los intrafamiliares e interpersonales.

Aquí –como en todo el mundo- los políticos quieren ganar votos y elecciones. Por ende, les resulta muy difícil enfrentarse con la televisión monopolizada. El poder financiero transnacional lo sabe y lo explota, pues se trata de una cuestión clave para sus objetivos hegemónicos.

Basta verificar cómo en toda nuestra región los medios concentrados emiten una constante publicidad destituyente y descalificante de cualquier movimiento popular que pretenda redistribuir mínimamente la renta. Cualquier caso de corrupción coyuntural se magnifica, pero oculta cuidadosamente la corrupción sistémica, la administración fraudulenta de quienes contratan deudas imposibles de pagar, entregan soberanía sometiendo al país a jurisdicciones extranjeras, llevan a cabo políticas de ajuste que terminan en crisis, desbaratan el potencial industrial, quiebran las pequeñas y medianas empresas (que son las principales demandantes de mano de obra), malvenden la propiedad estatal, etc.

En el ámbito privado todo administrador fraudulento es penado, pero si la administración fraudulenta se comete en el manejo de la economía nacional, sólo se lo considera una conducta políticamente criticable y opinable.

Los políticos le temen a la televisión concentrada, y entre los asustados y los inescrupulosos sólo parecen ponerse de acuerdo para sancionar leyes penales disparatadas, que destruyen códigos y legislaciones razonables, para reemplazarlos por una colección de respuestas a mensajes televisivos que, en buena medida, promueven una *antipolítica* –por cierto que también funcional al poder transnacional-, dado que cada día es más evidente que responde a una actitud de subestimación de la inteligencia de los pueblos⁵¹.

Incluso los políticos que postulan modelos incluyentes de sociedad no pueden sustraerse del todo al reclamo mediático de un aparato punitivo letal. Les embarga el miedo a la televisión, se sienten amenazados incluso en lo interno de sus propios partidos o movimientos, creen que deben dar muestras de *orden* y, de este modo, entran en contradicciones inexplicables y demasiado evidentes para los pueblos, que se acostumbran a verlos más como actores de telenovelas que como políticos.

En los últimos tiempos se ha difundido la modalidad de *linchamiento televisivo de jueces*, instigado desde los medios audiovisuales monopolísticos y ejecutado por políticos inescrupulosos o atemorizados, sembrando el pánico en los poderes judiciales⁵², con el único resultado práctico es aumentar el número de prisiones innecesarias incluso de inocentes, sobrepoblar gratuitamente las cárceles y provocar más muertes carcelarias, tanto en motines como en hechos de violencia cotidianos⁵³.

Debemos reconocer que en las clases políticas de nuestra región, reina una profunda y a veces cultivada ignorancia respecto de nuestro *genocidio por goteo*, subestimado por considerarlo como un problema de importancia secundaria o de pura incumbencia política, al que sólo se toma en cuenta por motivos electoralistas.

La publicidad populachera de los medios monopolísticos tiene tal fuerza que empapa a todos los sectores, los aliena de la realidad violenta, creando un verdadero *paradigma de no saber y no pensar* que, en alguna medida, rige para todos los matices políticos. De este modo, en nuestra región conviven sistemas políticos liberales con sociedades que en buena parte se vuelven culturalmente premodernas y autoritarias.

En definitiva y en síntesis, lo cierto es que *en nuestra región tiene lugar una mortalidad violenta superior a la de todo el mundo y sólo comparable con la bélica, que los medios monopolísticos la ocultan y normalizan, al tiempo que la inventan en la parte en que esta violencia no existe, siempre con el único y claro objetivo de montar un aparato represivo violento regido por una legislación premoderna, que según los ideólogos colonialistas serviría para contener a los marginados en su proyecto de sociedad excluyente.*

9. La desigualdad, la muerte prematura y la TV. Según los datos comparativos de la ONU, en todo el mundo los índices de homicidio tienden a guardar una relación inversa con el ingreso *per cápita* –es decir, que se trata de dos curvas que se cruzan-, pero con alguna excepción, en que incide una marcada relación directa con el coeficiente de Gini, o sea que, en síntesis, la experiencia mundial indica que *a menor ingreso per cápita y a peor distribución, corresponden más homicidios*⁵⁴.

Pues bien: un dato altísimamente significativo es que *nuestra región presenta simultáneamente los más altos índices de homicidios del mundo, pero también los de más alta desigualdad en la distribución de la renta, medida con el coeficiente de Gini.*

Esto no es ninguna coincidencia accidental, sino una concordancia perfectamente explicable.

Estos datos universales y regionales, que indican que no siempre se observa una correlación mecánica de la violencia letal con el ingreso *per cápita*, sino que incide el coeficiente de Gini, están señalando, para decirlo en palabras más claras, que no es la simple pobreza la que se traduce automáticamente en la violencia letal, sino *la falta de proyecto, es decir, la frustración existencial que*

⁵¹ Hace pocos meses un partido político mexicano hacía su propaganda de lucha contra el secuestro, lo que demostraba por haber conseguido que este delito fuese penado con 120 años de prisión. En otros casos no es tan evidente la falta de mínima seriedad, pero no por eso son menos ridículos los argumentos.

⁵² En algunos países, como Honduras, se imponen pruebas vejatorias de confianza (fidelidad) a policías y hasta a jueces y fiscales, como someterlos al polígrafo, con lo cual se crea una nueva demanda de servicios, de licitaciones y de compras directas. Algo parecido sucedió con el uso de este artificio sobre funcionarios mexicanos.

⁵³ No disponemos de cifras actualizadas de muertes carcelarias en la región, pero desde siempre se ha sabido que multiplican varias veces los índices que corresponden a la misma faja etaria.

⁵⁴ Cfr. Carranza, Elías, ob. cit.

provoca la sociedad excluyente.

Nada de esto puede sorprender mucho, pues es sabido que en situaciones de extrema necesidad (terremotos, catástrofes, guerras, etc.), incluso descendiendo el nivel de violencia criminal y de suicidios. Esto se debe a que en esas situaciones se refuerza el sentimiento comunitario - todos comparten las mismas limitaciones- y existe un *proyecto* de supervivencia común.

La vida humana es proyecto, que la hace existencia. La privación de *proyecto* es privación de vida y en ese vacío existencial florecen las pulsiones tanáticas.

Cabe consignar que nos estamos convirtiendo a la violencia abierta y manifiesta en forma de homicidio, estatal o producido ante la funcional indiferencia estatal, pero éstas no son más que las manifestaciones letales más extremas de la desigualdad social y de la consiguiente privación de *proyecto*.

La agresividad *tanática* no sólo se traduce en agresión hacia afuera -*hetero-agresión*-, sino que también se expresa en *autoagresión*, que asume la forma de suicidio consciente o inconsciente. En esta última categoría entran conductas de asunción de riesgos absurdos, irracionales (provocación de enfrentamientos sin posibilidad de supervivencia), múltiples hechos con apariencia de accidentes, abuso de tóxicos con grave detrimento de la salud, grosero descuido de la propia salud, etc. El número de muertes por suicidio manifiesto es verificable con cierta precisión, pero el de los suicidios inconscientes es de muy difícil ponderación y requeriría finísimas técnicas de investigación social que, hasta el momento, no tenemos noticia de que se hayan ensayado.

A todo esto se agrega que en las sociedades muy desiguales se produce una discriminación en el servicio de

salud, que cae en desatención de enfermedades tratables (en especial en niños y ancianos), que también es fuente de muertes prematuras.

No es posible tampoco pasar por alto el enorme número de víctimas de hechos de tránsito vehicular, que representan la principal causa de muerte en las fajas más jóvenes de nuestras poblaciones. Sin embargo, todo parece indicar que los legisladores sólo piensan en agravar las penas de los homicidios culposos y algunos jueces -según la publicidad del caso- a emplear el discutido y nebuloso concepto de dolo eventual, sin preguntarse, por ejemplo, si los vehículos que se comercializan son los adecuados a la red vial de que se dispone⁵⁵.

Si en Latinoamérica sumamos a todo esto el daño ambiental, el efecto de los agrotóxicos, los desplazamientos generados por la propia violencia o por la inutilización de suelos y su consiguiente conflictividad en la concentración urbana, la destrucción de nuestros bosques naturales, la amenaza a nuestros recursos, la depredación que se intenta de ellos por el poder transnacional, el bochornoso y prepotente *patentamiento* de nuestras especies con que se nos quiere robar nuestra biodiversidad, veremos que hay mucho más en la afectación del derecho humano al desarrollo progresivo que, directa o indirectamente, incide sobre la vida humana y sobre la producción de muertes prematuras.

Si pudiésemos sumar el total de muertes potencialmente evitables que, por efecto de la violación al derecho al desarrollo humano progresivo tienen lugar en América Latina en el curso de una década, la cifra seguramente nos espantaría. Si alguna duda quedase sobre los efectos de la *Tercera Guerra Mundial no declarada* en nuestra región, este cálculo la disiparía por completo.

Reconocemos que este cálculo requiere una investigación muy compleja y difícil, con una metodología muy depurada, no obstante lo cual siempre será discutible, será objetado violentamente por los medios audiovisuales concentrados de toda la región, sus investigadores serán estigmatizados en todos los tonos, etc., pero es indispensable que algún día, los científicos sociales de nuestras universidades lo encaren, pese a todos los inconvenientes, obstáculos y calumnias que seguramente deberán enfrentar.

Si hoy mismo se publican libros y hay *científicos* que se prestan a escribir que no hay recalentamiento global y que nada nos amenaza en la depredación del medio ambiente, no cabe duda de que una investigación de esta naturaleza sobre el total de muertes prematuras reunirá a todos los que el poder financiero transnacional pueda comprar para objetar sus resultados (periodistas, científicos, *Think Tanks*, políticos y una larga lista de tontos que nunca faltan en sus coros).

Esta investigación mostraría la *suma del horror* que no se percibe con claridad, por efecto de los monopolios mediáticos que adormecen *normalizando y naturalizando* estos efectos: se introduce la idea de que son inevitables, que en todos lados suceden, que no hay modo de impedirlo, que son resultado de la modernidad, que es el precio que pagamos por nuestra comodidad, que los protagonistas *son gente inferior, primitiva, inculta, diferente*, etc.

Estas reflexiones nos conducen a la ineludible conclusión de que el respeto a la vida, desde el punto de vista macro-social, depende de la inclusión social, de la movilidad vertical, de la distribución mínimamente equitativa de la renta, es decir, de lo que puede sintetizarse en términos jurídicos como el *derecho humano al desarrollo progresivo* que, ob-

⁵⁵ En la Argentina, por ejemplo, ha aumentado notoriamente el número de vehículos automotor, pero en los noventa, con la euforia de privatizaciones y desmantelamiento del estado, se desarmó la red ferroviaria que transportaba cargas, de modo que mercaderías, personas y los muchos más vehículos, circulan ahora por la misma red vial, que si bien ha sido considerablemente mejorada, no alcanza para brindar seguridad a todo el transporte terrestre intensísimo. No es necesaria mayor perspicacia para darse cuenta de que esto es causa del mayor número de muertes prematuras en el tránsito.

viamente, en términos económicos, no puede medirse sólo en PBI sin el complemento de la reducción de la desigualdad social, sino en la conjunción de ambos.

El discurso ideológico de los propulsores del proyecto *de sociedad excluyente* se reduce a la famosa tesis del derrame, o sea, de que la sociedad debe permitir que los más emprendedores desarrollen libremente sus potencialidades y, de este modo, acumulen riqueza, porque inevitablemente ésta se *derramará* hacia abajo en algún momento. Esto no es más que un embuste, desmentido por toda la historia: cuanto más se acumula menos se *derrama*, y nada se *derrama* si alguien no mueve la copa. Como hemos señalado antes, es una tesis propia de la jurisprudencia más retrógrada de la Corte norteamericana, de fines del siglo XIX⁵⁶. Los datos actuales del mundo ponen de manifiesto que la distribución asume la forma de una copa de champán y, por cierto, que su base se va afinando cada vez más y su caliz se va estrechando, *sin que se derrame absolutamente nada*⁵⁷.

10. Las clases medias latinoamericanas y la muerte prematura. A primera vista parece difícil creer que es bastante sencillo que los medios concentrados impongan una realidad televisiva que oculte o normalice las muertes masivas de un *genocidio por goteo*.

Sin embargo, su tarea, a condición de ser la *voz y el pensamiento único o muy dominante*, se ve facilitada por la misma fuerte estratificación social, por la escasa movilidad vertical e, incluso, paradójicamente, por las propias pulsiones redistributivas.

Es bastante comprensible que esto ocurra en cierta medida entre los segmentos excluidos, porque son los que en medio de la violencia fomentada como medio de control social, están aturdidos por la contradicción en que

ésta los coloca y, además, son los que sufren la victimización en forma más masiva y directa. No en vano el mayor número de víctimas de la violencia latinoamericana se cuenta entre los excluidos⁵⁸.

Menos estudiadas están las razones por las que los medios monopólicos u oligopólicos imponen su realidad entre las capas medias y, especialmente, en las de más reciente incorporación o aún no del todo incorporadas.

Sin embargo, esto se explica por otras razones: en las sociedades muy estratificadas y con movilidad vertical espasmódica, los que alcanzan las posiciones inferiores dentro de los sectores incorporados, tienen una vivencia de precariedad muy grande, son muy propensos a sentir que siempre están a punto de volver a caer, lo que, por otra parte, la experiencia real les confirma, dada la contradicción actual entre sociedad incluyente y excluyente y los frecuentes retrocesos.

Al no estar asegurado el derecho al desarrollo progresivo, esta vivencia se continúa aún en estratos más decididamente incorporados e incluso se transmite generacionalmente. Ante esta vivencia un tanto anómica, la defensa primaria e irracional no es raro que consista en pretender buscar la seguridad *cerrando las puertas del ascensor (o elevador)*.

No puede llamar mucho la atención la receptividad que en estas condiciones y en esas fajas sociales encuentran los mensajes de los medios audiovisuales monopolizados (validos de todos los elementos tramposos que son conocidos), para reforzarles la vivencia de incerteza social y el consiguiente temor de que *los ahora excluidos vengan a disputarles su precaria posición*. Sin duda que se trata de un temor muy profundo, pues les hace tambalear sus *proyectos existenciales*.

Esto explica que los medios concentrados del proyecto de sociedad excluyente no se cansen de infundirles miedo a que otros les disputen su posición en la *fila* y, por ende, los instiguen a defenderla, volcándolos hacia el proyecto de sociedad excluyente e infundiéndoles los peores prejuicios racistas y clasistas mediante la creación virtual del estereotipo del excluido agresivo, marginal, asesino y violador o, sin llegar a esos extremos, por lo menos siempre amenazante y bravucón o, más simplemente, *diferente e inferior*.

Al mismo tiempo, los medios audiovisuales concentrados muestran las bondades de la vida de los sectores más privilegiados, alimentando la ilusión en esas clases medias bajas de que no pueden alcanzarlos sólo porque se lo impiden las pulsiones redistributivas incorporativas, lo que las induce a admirar a los privilegiados, a identificarse con ellos y a ambicionar su posición, desatando un odio irracional hacia los excluidos y hacia todos los que impulsan un proyecto de inclusión social.

Se alimenta de esta forma una actitud irracional, porque la experiencia demuestra que *nunca los sectores que concentran mayor renta se ocuparon de asegurar la posición de las clases medias recién incorporadas*, sino que, por el contrario, en todas las crisis provocadas por el poder financiero transnacional, estos han sido los sectores sociales que las han sufrido en mayor medida, pues en casi todos los casos les han desbaratado sus ahorros (a veces con devaluaciones abruptas de la moneda, otras con la directa confiscación mediante estafas bancarias) y les han aportado inestabilidad laboral.

La identificación de las clases medias con las clases privilegiadas ha alcanzado a veces límites ridículos de imitación: se trata de una *desviación de la tensión provocada por la mimesis*. Veamos esto

⁵⁶ Cfr. supra, nota 38.

⁵⁷ Por discutibles que sean los pronósticos, los datos aportados por Thomas Piketty son elocuentes (Piketty, Thomas: "El capitalismo en el siglo XXI", FCE, México, 2014).

⁵⁸ Este fenómeno se observa también en otras sociedades, como en Europa respecto de los inmigrantes, debido a que los recién llegados disputan a las capas más desfavorecidas el espacio del barrio, del hospital, de la escuela, etc., en tanto que las capas medias no compiten con ellos. Cfr. Cravino, María Cristina: ob. cit.

en palabras más claras: como dice un gran pensador –René Girard- las tensiones sociales se producen porque se quiere imitar *al otro* y, por ende, se ambiciona tener los bienes escasos que *el otro* tiene, lo que desata una tensión entre *quien no tiene* y *quien tiene*. Aquí la *mímesis* (la imitación del otro) se produce con el tenedor de las clases privilegiadas, pero lo que se desvía es la *tensión*, que no se produce con el que *tiene* el privilegio, sino con *el que no tiene nada*, a quien los medios concentrados del poder transnacional se las arreglan para atribuirle la *culpa* de no poder tener lo que tiene el privilegiado.

A esto debe agregarse que en todos los sectores sociales que no padecen directamente las peores consecuencias de la violencia colonial, se facilita el *negacionismo* del *genocidio por goteo*, porque la muerte masiva hiere muy profundamente la sensibilidad, crea sentimientos de culpa entre quienes asisten a ella sin padecerla y, en consecuencia, se tiende a evadir inconscientemente el enorme peso de esa culpa por vía de lo que en psicología se conoce como *mecanismos de huída*, descritos por Anna Freud como defensas inconscientes: *es mejor no saber, o creer que no pasa nada o que nada se puede hacer*.

El *negacionismo* frente a este genocidio lo alimenta *el pensamiento único* difundido por los medios concentrados, tanto en el ocultamiento o la normalización de las muertes prematuras, como también mediante el reforzamiento de los prejuicios clasistas y racistas (*lo que pasa es entre gente diferente, no personas o menos personas*). De allí que se ocupen de mostrar al adolescente o joven de barrio precario como un ser primitivo, una suerte de *criminal nato regresivo o atávico*, cuando la víctima es alguien de clase media (en los pocos casos en que esto sucede, porque la mayor parte de los

homicidios tiene lugar en los mismos barrios precarios).

Por el contrario, los hechos de sangre entre personas que no pertenecen a estos barrios –y más aún si tienen lugar en estratos más elevados de la clase media- se muestran como patológicos (*entre nosotros sucede sólo cuando alguien se enferma*) y, en especial si tienen algún ingrediente sexual, se convierten en *noticia* que reditúa en un rating que explota con descaro no disimulado la curiosidad morbosa del público. Salen a relucir *placeres ocultos* de los privilegiados, que también, consciente o inconscientemente, quieren compartir los de los estratos inferiores incentivados a admirarlos.

El punto máximo de tensión entre la realidad creada mediáticamente y la existente se produce cuando la letalidad policial –por error, torpeza o simple brutalidad- alcanza a alguna persona diferente a los habitantes de barrios precarios, dando lugar a un hecho que los medios concentrados no pueden negar. En tal caso lo minimizan –al igual que la agencia responsable- por medio de la criminalización del personal más subalterno, como muestra de depuración y también de una eventual patologización excepcional.

11. El replanteo de los Derechos Humanos. De todos los datos sociales que acabamos de mencionar, surge un claro imperativo jurídico para todo el derecho, en cualquiera de sus varios significados, que es un claro enfrentamiento con las posiciones letales del colonialismo en su presente fase superior.

Este imperativo no emerge de ninguna norma *supralegal*, sino que hoy lo impone el propio *deber ser* constitucional y nos remite directamente a los Derechos Humanos positivizados en nuestros ordenamientos jurídicos, o sea, consagrados en las constituciones y en los tratados internacionales. Es una obviedad recalcar que los Derechos Hu-

manos son hoy parte del derecho constitucional y del derecho internacional positivo y vigente, pero es menester reiterar lo obvio, porque con frecuencia se considera que son principios discutibles en el campo jurídico, como provenientes de algún *derecho natural*⁵⁹.

Pero esos instrumentos no fueron graciosas concesiones ni producto de una maduración reflexiva y racional de pueblos y gobiernos, sino que *los impulsó el miedo*. Ante las atrocidades de estados asesinos, que cometieron homicidios alevosos masivos, el *espanto* hizo que se sancionaran estas leyes nacionales e internacionales.

La racionalidad que propugnan esos objetivos, digamos la verdad sin avergonzarnos como humanos, *no fue impulsada por la razón, sino por el espanto*. Y tampoco los impulsó el temor ante cualquier homicidio alevoso masivo: no lo produjeron las víctimas armenias, los hereros extinguidos por los alemanes, los haitianos masacrados por Trujillo en la frontera ni los congoleños esclavizados y diezmados por Leopoldo II de Bélgica, ni ninguna otra de las grandes masacres previas, sino que fue el *espanto* producido en el propio territorio hegemónico, apenas cuando el colonialismo vio que allí los millones de víctimas de esas atrocidades eran otros humanos con pareja deficiencia de melanina.

Pero ni siquiera así, los nuevos poderes hegemónicos mundiales suscribieron por completo todos esos objetivos y se resisten hasta hoy a hacerlo, como también lo hacen frente a la contaminación atmosférica que amenaza a toda la vida humana en el planeta.

A regañadientes definieron mezquinamente el *genocidio*, cuidando que su recortada fórmula no abarcara sus propios genocidios, y firmaron una Declaración Universal que en su origen sólo tuvo el valor de una manifestación de buena voluntad internacional.

⁵⁹ Los iluministas y los padres del derecho liberal, en los siglos XVIII y XIX, debieron apelar al jusnaturalismo, o sea, a la supralegalidad, porque no tenían constituciones que establecieran esos derechos. El efecto que ha tenido la incorporación de los Derechos Humanos es una considerable reducción de la importancia práctica –no teórica ni filosófica- de la antigua disputa entre jusnaturalismo y positivismo.

Los Derechos Humanos plasmados en tratados, convenciones y Constituciones, son un programa, un *deber ser* que *debe llegar a ser*, pero que no eso, al menos, *no es del todo*.

Por cierto que no faltan quienes subestiman su importancia, incurriendo en el error de desconocer su naturaleza. Estos instrumentos normativos no hacen –ni pueden hacer– más que señalar el objetivo que debe alcanzarse en el plano del *ser*. Su función es claramente heurística.

Quien los subestima cae en una trampa ideológica: la repetida frase de Marx acerca del derecho, tomada como una inexorable realidad, sólo deja a los excluidos el camino de la violencia, donde siempre pierden, porque aunque triunfen, en la violencia siempre son ellos los que aportan la mayor parte de los muertos, como lo prueba toda la historia.

A medida que profundizamos más la historia del derecho, creemos que Marx tenía razón en su tiempo: no es aventurado afirmar que en el siglo XIX el derecho era sólo el instrumento de las clases hegemónicas. Pero esto no es una *fatalidad del derecho* en todos los tiempos y lugares.

El pánico introdujo una contradicción con el caballo de Troya de los Derechos Humanos y hoy, la gran paradoja, es que el poder financiero –como todo el hegemónico en todos los tiempos– es, precisamente, el que pretende reducir el derecho a un puro instrumento de su hegemonía.

Sin embargo, estos instrumentos son un obstáculo, porque de ellos pueden valerse –y de hecho se valen– los pueblos y los propios disidentes de las clases incluidas, para hacer del derecho un instrumento de los excluidos.

Se trata de una verdadera e innegable *contradicción en el sistema*, provocada por el pánico que generó la barbarie entre los propios deficitarios de mela-

nina, producto de las contradicciones de su hegemonía precedente.

La lucha mundial en el campo jurídico actual se entabla entre el poder transnacional, que quiere hacer que la frase de Marx pase a ser una fatal realidad e impedir cualquier redistribución de la renta, y quienes pretenden usar al derecho como herramienta redistributiva.

El recorrido por el colonialismo y por los signos más notorios de su actual fase superior, pone en evidencia la distancia que media en nuestra región entre el deber ser heurístico de las normas constitucionales e internacionales y su efectiva *realización social*.

Como vimos, la correlación entre homicidios y desigualdad social no es una coincidencia accidental, sino el indicador de los efectos genocidas del modelo de sociedad excluyente impulsado por el poder financiero transnacional, que nos acosa como *fase superior del colonialismo*.

Más allá del ocultamiento televisivo de la violencia letal o de su exageración mediática, de la confusión que esto siembra en el público y en las clases políticas, de la constante instigación a la venganza y al montaje de un aparato represivo mortífero, del oportunismo, del amedrentamiento, de la ignorancia o de los mecanismos de huída de políticos, jueces y clases medias, el *ser humano latinoamericano* sigue batiéndose

y abriéndose paso por su derecho a ser considerado y tratado como persona, conforme lo señalan heurísticamente nuestras constituciones (nuestra *antropología constitucional*).

Esto nos lleva a un replanteo en el propio campo jurídico jushumanista. La manualística corriente⁶⁰ señala el origen constitucional de los Derechos Humanos en los derechos individuales, su posterior complementación con los sociales y culturales y, finalmente, una pretendida plenitud con los llamados de

tercera generación, entre los que se destacaría el *derecho al desarrollo humano progresivo*.

Pero esta no es la historia de los Derechos Humanos en América Latina ni tampoco en ninguna de las otras regiones colonizadas del planeta. Ese es el relato de los colonizadores, desde su perspectiva central y hegemónica. Dado que la *independencia* es la primera condición del desarrollo, la historia de nuestros Derechos Humanos comenzó aquí por la lucha por la obtención del derecho que desde el centro se considera de *tercera generación*. Nuestros primeros luchadores por los Derechos Humanos fueron Bolívar, San Martín, Miranda, Belgrano, O'Higgins, Hidalgo, Morelos, Louverture, etc.

No se trata de una mera cuestión histórica, sino actual, puesto que el colonialismo no ha terminado, sino que se ha desarrollado hasta esta fase superior que sufrimos.

La lucha latinoamericana por la realización de los Derechos Humanos no puede ser otra cosa que la lucha contra el colonialismo en su fase actual, en lo que adquiere la prioridad la lucha por el derecho al desarrollo humano, cuya premisa es la independencia.

Esta prioridad del derecho al desarrollo no significa posponer y menos aún desconocer los derechos individuales y en especial el derecho a la vida, dado que –como hemos visto– la realización del respeto al derecho a la vida es inseparable de la realización del derecho humano al desarrollo.

Se trata de la misma lucha de nuestros pueblos desde los libertadores y aún antes⁶¹, sólo que en la versión adecuada a la actual fase superior del colonialismo, que impone la urgente necesidad de desbaratar en nuestra región los efectos letales de la *Tercera Guerra Mundial no declarada*.

12. Hacia una teorización jurídica anticolonialista. Creemos que es elemental

⁶⁰- En verdad, esta clasificación está un poco pasada de moda, aunque se la repite en los textos más clásicos. Hoy tiende a admitirse que los Derechos Humanos deben considerarse conglobadamente.

⁶¹- Podemos remontarnos a la revolución de Túpac Amaru, a los comuneros colombianos, a los brotes bahianos en Brasil, a los quilombos de esclavos fugados, etc.

comenzar por formar a los nuevos juristas con clara consciencia de la empresa que deben afrontar y, para ello, debemos reflexionar los que egresamos de nuestras academias acerca de la forma en que teorizamos hasta el presente y, por ende, del saber jurídico en que entrenamos a las nuevas generaciones.

Cabe preguntarnos hasta qué punto hemos sido conscientes del contexto en que construimos nuestro saber jurídico, en qué medida nos hemos hecho cargo de la empresa de impulsión del derecho humano al desarrollo.

Es claro que importamos teorías jurídicas del mundo colonizador, pero no todas ellas son colonialistas ni tampoco podemos inventar un saber jurídico desde la nada, lo que sería absurdo.

Así como hablamos lenguas que también nos trajeron los colonizadores, debemos manejarnos con elementos de un derecho que hemos importado, porque el filme de la historia no se revierte, por mucho que se haya nutrido de injusticias, crímenes y aberraciones.

Es con elementos que debemos tomar de ese saber importado que se nos impone construir nuestro instrumento descolonizador, del mismo modo que del lenguaje importado escogemos las palabras para construir nuestro discurso de independencia. Cuando nuestros próceres abolían la esclavitud y trataban de liberar a los indios y a los esclavos o comandaban sus ejércitos, lo hacían hablando la lengua del colonizador.

Frente a la necesidad de enfrentar al colonialismo, todo intento de replanteo de la teoría jurídica debe cuidarse de la peligrosísima tentación de caer en el *romanticismo jurídico*, que es también otra *irracionalidad* importada, que pretende que el derecho surge *espontáneamente* de los pueblos, de la *conciencia*

popular, del *sentido innato de justicia*, de la *historia*, de la *intuición de los pueblos*, etc., y en nuestra región no sería difícil adaptarlo y mencionar el *sentimiento de infinita libertad de la llanura*, el *misticismo de la montaña*, la *profundidad de la selva*, los *arcos góticos de los árboles entramados* y otras invocaciones semejantes.

Es necesario advertir este riesgo, por que es muy tentador cerrar un discurso con un elemento autoritario irracional de esta naturaleza y, aún más fácil es construir un discurso romántico demagógico para conseguir aplausos, que seguramente no faltarán.

El romanticismo jurídico que, insistimos, es otro invento extranjero, no sólo es irracional, sino que lleva a la locura, como lo demuestran las tristes experiencias delirantes europeas. Si bien es inevitable tomar elementos importados, debemos seleccionar con mucho cuidado los que son útiles al anticolonialismo, y nunca escoger lo peor que, por cierto, es el irracionalismo romántico. Prueba de eso es que el romanticismo jurídico europeo no fue más que un elemento regresivo y nunca útil a sociedades más igualitarias en Europa⁶².

No sólo no tuvo ningún efecto positivo el romanticismo jurídico reaccionario, sino que tampoco lo tuvo el *revolucionario*, tanto en la Revolución Francesa como en la Rusa, que despreciaron a los juristas pero que, a poco, se vieron precisadas a llamarlos nuevamente en su auxilio.

Sin perjuicio de que –como es natural– en toda comunidad humana existen valores que el derecho no puede desconocer, de éstos no surge espontáneamente el derecho y, menos aún, la técnica política para argumentar y sentenciar en lo cotidiano de la vida jurídica de un país. Con toda razón señaló von

Jhering que hasta el más modesto de los oficios requiere de una técnica, y la técnica jurídica es, sin duda, de los juristas.

No abrimos juicio aquí acerca de si el saber jurídico es o no es *ciencia*, lo que no viene al caso ahora. Lo cierto es que hay un *saber de los juristas*, que se cultiva académicamente desde hace más de mil años, que produce teorías jurídicas interpretativas de las leyes y que a veces impulsa su reforma o se consagra en leyes.

Estas últimas son consecuencias eventuales y tangenciales de ese *saber*, porque *su función esencial está destinada a los jueces que deben aplicar las leyes, para que -en lo posible- sentencien en forma coherente y no arbitraria*.

El otro objetivo de ese saber está destinado a la *formación de los futuros operadores del aparato de justicia*, es decir, que cumple también una función reproductora.

No caben muchas dudas acerca de que un *saber* destinado directamente a ser aplicado por un poder del estado tiene un sentido político (*de gobierno de la polis*), que hace de cada teoría jurídica un verdadero *proyecto político*. Tampoco puede negarse que la formación de los futuros juristas tiene un claro sentido político.

No obstante, no faltan quienes pretenden una asepsia política del derecho, lo que también es un prejuicio importado⁶³ contrario a la *naturaleza de las cosas*. Esta pretendida *asepsia* política se llevó hasta el extremo cuando se postuló su independencia incluso del mismo modelo de estado⁶⁴.

En nuestra región la simulación de *asepsia* política de nuestro saber es contraria a la más elemental y primaria tarea de la que debe ocuparse el jurista, que consiste en *dar a nuestros Pueblos con-*

⁶² El romanticismo jurídico de la escuela histórica de Savigny no hizo más que retrasar sin sentido la codificación civil alemana, en tanto que su desarrollo nazista patológico llegó al disparate criminal del famoso opúsculo de Helmut Nicolai, "Die rassengesetzliche Rechtslehre, Grundzüge einer nationalsozialistischen Rechtsphilosophie" (München, 1932), cuya lectura siempre es altamente aleccionadora respecto de este riesgo, por la desorbitada cantidad de insólitos absurdos que contiene, que hablan casi de un mundo psicótico en su autor, aunque clínicamente no lo fue.

⁶³ La pretendida neutralidad política de la teoría jurídica fue importada fundamentalmente de Alemania, donde los diversos regímenes políticos por los que pasó esa nación no permitían sostener una línea de pensamiento jurídico coherente, como también que algunos juristas debieron defenderse del totalitarismo esgrimiendo el argumento de que su saber era ciencia y no política. En Estados Unidos, esta separación tajante fue siempre una pretensión para ocultar los intereses de la reacción enquistada en alguna jurisprudencia antigua de su Suprema Corte. Por otra parte, siempre es una posición cómoda para el burócrata boyante, dispuesto a servir a la hegemonía de turno.

⁶⁴ Así lo hizo el neokantismo, especialmente durante los años del nazismo, aunque no fue sólo esta corriente que llegó a ese extremo.

fianza en el derecho. No se trata de *devalverles* una confianza que nunca fue plena, sino de *crearla*.

La *desconfianza popular* hacia el derecho y las instituciones en nuestra región, no es gratuita ni constituye un defecto, sino que resulta de una larga experiencia histórica: para nuestros pueblos, a lo largo de casi toda su historia, el derecho no fue otra cosa que un argumento legitimante de sus explotadores, o sea, una constante defraudación.

En América Latina, casi siempre se invocaron valores jurídicos que fueron disparatada y sistemáticamente negados en los hechos: desde el derecho indiano, que daba un fundamento piadoso a la *encomienda* (el adoctrinamiento cristiano de los *infiel*es) hasta las banderas de democracia, transparencia, respeto institucional, república, ética republicana, independencia de poderes, civilización occidental, etc., con que llenaban sus bocas quienes cometieron las más crueles atrocidades, pasando por el *pseudoliberalismo racista* de nuestras repúblicas oligárquicas⁶⁵.

La *confianza en el derecho y en las instituciones* se crea sólo tomando los derechos en serio, o sea, *impulsando su realización en el plano de la realidad social*.

Si bien existe una Constitución y un derecho internacional que establecen normas y principios (*un deber ser constitucional e internacional*), hay una *realidad constitucional*, que no es normativa sino social, que se nutre de datos de la realidad (su investigación debe ser sociológica), lo que permite valorar en cada caso el grado de realización de esas normas (de ese deber ser) en la realidad de la interacción humana, en el *ser social* (grado de *realización*

constitucional), como juicio imprescindible para promover el avance de su realización.

Cuando no se reconoce suficientemente que *Constitución, realidad constitucional y grado de realización constitucional* son diferentes conceptos y niveles, se cae en alguno de los extremos reduccionistas, o sea, en el *normativismo* o en el *sociologismo*, pero ninguno de ambos es útil para los jueces cuya función es sentenciar, o sea, realizar actos de poder, de gobierno, *políticos*, conforme a los valores y a la *antropología constitucional*, cuya norma básica es que *todo ser humano es persona*.

Frente al reduccionismo *normativista*, cabe advertir que la lógica no es ontología; frente al *sociologista*, debe saberse que del *ser* sólo surgen los límites ónticos del *deber ser*, pero no éste mismo.

Los Derechos Humanos consagrados en la Constitución son un programa cuya realización debe ser constantemente impulsada por la doctrina jurídica que se ofrece a los operadores del aparato jurídico de un país, en pos de una *constitucionalización de todas las ramas del derecho*.

De los Derechos Humanos (en el sentido subjetivo de *Rights*), mediante este impulso, debe construirse un *Derecho Humano* (en el sentido objetivo de *Law*). En el centro y en cada una de las ramas de ese Derecho Humano (objetivo, *Law*) debe vivir el impulso hacia la realización de la norma básica de la *antropología constitucional* (concepto constitucional del ser humano): *todo ser humano es persona, nacemos con igualdad de dignidad y derechos*.

Es tarea de las Universidades preparar a nuestros nuevos juristas para esta empresa. Si hay sentencias aberrantes en

nuestra región, no son obra de la casualidad, de la malignidad ni de Satán, sino de jueces que formamos en nuestras universidades. La academia, el saber jurídico, debe asumir esta responsabilidad en la formación y entrenamiento de los nuevos juristas populares.

No podemos teorizar pretendiendo negar nuestra realidad de *Tercera Guerra Mundial no declarada*. Para eso es menester construir nuestras teorías jurídicas incorporando los datos de la realidad social que nos van señalando el grado de realización de los derechos.

El cerrado *normativismo* y, en general, las teorías jurídicas que dejan fuera de su horizonte los datos sociales, privilegiando la completitud lógica de sus construcciones en desmedro de sus consecuencias sociales reales en cuanto a la realización de los derechos y la dignidad de la persona, son con frecuencia elaboraciones importadas, originadas en el esfuerzo de burocracias académicas y judiciales de países colonizadores, que trataban de sobrevivir o de adaptarse a momentos políticos totalitarios, o bien de mantenerse en posiciones burocráticas sin molestar al poder.

Por otra parte, en general, provienen originariamente de sistemas políticos que desconocían el control de constitucionalidad de las leyes, es decir, de estados *legales de derecho*, a diferencia de todos los modelos latinoamericanos que, al menos constitucionalmente, fueron pensados desde su lejano origen como estados *constitucionales de derecho*⁶⁶.

Todo saber jurídico que pretenda ser constitucional y, en ese sentido, impulsar la realización constitucional, debe construirse partiendo de una teoría del conocimiento realista, que le permita

⁶⁵ Es interesante la comparación con Alemania, mostrada como ejemplo de confianza en el derecho. Alemania pasó por el imperio, la revolución de 1918, la República de Weimar, el nazismo, la derrota y la ocupación que la partió en cuatro zonas, la confrontación entre la República Federal y la Democrática y la reunificación, en poco más de setenta años. Pero cada uno de esos regímenes se presentó con su propia cara, buena o mala, sin disfrazarse. Algo parecido puede decirse de casi toda Europa: ni Mussolini, ni Stalin ni Franco se presentaron con la careta de liberales y republicanos. En nuestra región, todos se presentaron con la máscara de la república, de la democracia, de la restauración del derecho, etc. Basta leer las proclamas de todos nuestros golpes de estado. Sin salir de la Argentina, en nombre del derecho se bombardeó la Plaza de Mayo, se fusiló sin proceso, se derogó la Constitución de 1949 por decreto, se convocó a una Constituyente sin ejercicio del poder preconstituyente, se proscribieron partidos mayoritarios (radicalismo y justicialismo), se destituyeron y se nombraron jueces masivamente y, finalmente, se cometió el genocidio de los setenta.

⁶⁶ Se trata de una fuerte contradicción en la formación de nuestro derecho, que ha dejado una rémora de resistencia a la constitucionalización, en beneficio de la sacralidad de la norma infraconstitucional.

reconocer la situación actual de esa realización en la sociedad.

Las teorías más o menos idealistas son propensas a encerrar el conocimiento jurídico en los puros *datos jurídicos*, lo que puede crear un *mundo normativo* en que todo sea lógico y coherente, pero nada coincide con la realidad. Los *datos normativos* son sólo los que *el poder quiere incorporar*, impidiéndole al juez decidir tomando en cuenta el verdadero grado de *realización constitucional*, obligándolo de este modo a dar por cierto que en la realidad existe lo que no existe, o sea, *alucinando la realidad constitucional*.

En tales condiciones será imposible *criticar* la realidad constitucional para impulsar su mayor realización y, por cierto, un saber jurídico conforme a un *Derecho Humano* necesariamente debe ser *crítico*, pues es imposible promover el avance en la realización de un derecho sin reconocer, valorar y criticar su actual grado de realización.

Por otra parte, imponiéndose por imperio constitucional la promoción del derecho al desarrollo humano, siempre se enfrentará con la resistencia del colonialismo, por lo que no puede dejar de ser *partisano*, lo que no significa que deba ser un derecho de *enemigos*, pues la disyuntiva de Carl Schmitt es falsa: el derecho siempre *empuja* hacia algún lado, pero no por eso está condenado a caer en el despropósito de negar la condición de persona de quien *empuja* en otro sentido: sostener lo contrario implica confundir el derecho con la fuerza o la violencia y, en definitiva, suprimir el concepto mismo del derecho⁶⁷.

13. Aproximación latinoamericana a la realidad social. Los datos de realidad que debe incorporar el derecho para promover la realización constitucional son a veces evidentes, pero cuando es menester hilar más fino se demanda un marco teórico que no es jurídico, sino

sociológico y que, necesariamente, tampoco es independiente del que maneje el saber del campo económico y de la ciencia política.

El jurista no es un cientista social y, salvo en los casos obvios, en esto como otros casos, necesita valerse de saberes ajenos. De lo contrario, corre el riesgo de incorporar datos que considera reales el imaginario *ciudadano medio*, despersonalizado en el sentido de *la gente*, que reemplaza al concepto político *Ode pueblo* en la jerga de los medios monopolizados. En tal caso, en lugar de nutrir su teorización mediante el realismo, no haría más que caer en el discurso de los medios concentrados dominantes, que saben muy bien construir la realidad mostrándola como conforme a un prefabricado *sentido común* o a un generalizado *todos lo saben*, sólo porque se lo ratifican las conversaciones superficiales cotidianas que repiten lo que los propios medios divulgan.

Para que esto no suceda en la apertura realista, las universidades deben dotar al jurista de los conocimientos necesarios para evaluar lo que otros saberes le aportan como datos de la realidad. Un juez penal debe saber lo necesario para valorar un peritaje médico forense y para saber interrogar al perito, para lo cual no necesita ser médico; un juez civil debe saber lo mismo respecto del psiquiatra que le informa acerca de la capacidad de una persona, sin necesidad de ser psiquiatra; etc. Del mismo modo debe estar preparado para comprender lo que le dicen los otros saberes sociales.

Cada libro está en su lugar y es mejor no confundirlos ni mezclarlos. No hay *saberes interdisciplinarios*, sino *tareas interdisciplinarias*. Se trata de que cada uno tenga la preparación suficiente para saber escuchar a los otros, que es el único camino para acercarse a la realidad, porque la *parcialización científica*

de la realidad es indispensable (dado que nadie puede abarcar el todo real), pero siempre es artificial.

El colonialismo trata de castrar al derecho de todo conocimiento proveniente de otro saber acerca de la realidad. Por eso pretende reducir la formación del jurista a la de un *tramitador técnico*⁶⁸, eliminando de las *currícula* de las facultades de derecho todas las materias que proporcionan conocimientos de otras disciplinas sociales, llegando al extremo de proyectar la supresión de la filosofía del derecho.

En el plano teórico, el normativismo radicalizado fue surgiendo y divulgándose como una defensa ante el peligro de una *disolución sociológica* del derecho, pero hoy ese riesgo no existe y, en verdad, resulta funcional a este *embrutecimiento social y cultural del jurista*⁶⁹.

No obstante, en las propias disciplinas a las que debe interrogar el jurista, las cosas no son simples. Los hechos de nuestra región también necesitan enmarcarse teóricamente en las otras ciencias sociales, y esos marcos tampoco pueden ser importados acríticamente.

No siendo sólo el derecho que importa teorías, sino todo el saber, es claro que en las otras ciencias sociales también se hace necesario construir marcos teóricos propios, al igual que en el derecho, y que éstos, obviamente, tampoco pueden elaborarse partiendo de la nada.

No ignoramos los importantes esfuerzos por elaborar una sociología latinoamericana en sus distintas ramas o especialidades (del conflicto, urbana, rural, de la educación, de la salud, criminal, etc.), como tampoco los de la antropología cultural en la región, pero el jurista requiere estar formado para comprender el marco teórico desde el que le habla el cientista social, o sea, para distinguir si lo hace desde un marco importado y sólo reafirmado con

⁶⁷ Sobre esto, más ampliamente, n. "¿Derecho penal humano o inhumano?" En "Revista de derecho penal y criminología", La Ley, Bs. As., setiembre de 2014.

⁶⁸ En ese sentido va el llamado proceso de Bolonia en Europa, lo que ha generado fuertes críticas. No dista mucho de lo pretendido por los idólatras del mercado de nuestra región en los años noventa. En el año 2000 se intentó acabar con la enseñanza universitaria gratuita en la Argentina.

⁶⁹ Un síntoma grave es que en las facultades de derecho latinoamericanas se ignora o minimiza a la criminología, en especial desde su giro sociológico y crítico.

la autoridad del teórico central o si, por el contrario, responde a un esfuerzo constructivo más próximo a la realidad regional o local, generada por el colonialismo en esta o en sus anteriores fases.

Dado que -al menos en su origen- todo nuestro saber es importado y que en todas sus ramas están en formación los marcos teóricos adecuados para la comprensión de los efectos de nuestra posición en el mundo, resulta que el *anticolonialismo* es un frente común en todos nuestros saberes y, por ende, en todos ellos también existen pulsiones colonialistas o importaciones funcionales a ellas.

Por ende, no basta con que el jurista conozca elementos básicos de otras disciplinas, sino que debe estar en condiciones de identificar de qué parte está el cientista que lo nutre de los datos de realidad que debe incorporar a sus decisiones. De no estar dotado de esta capacidad de discriminación teórica, corre el riesgo de incorporar como dato lo que el colonialismo quiere que incorpore y, de este modo, abrir el campo teórico del derecho en un sentido falso, contrario a la impulsión de su realización social.

Menester es precisar que muchas veces importa poco si el marco importado es *de izquierda, progresista o crítico en su sociedad de origen*. Si bien el colonialismo es una hegemonía que opera a dos puntas y, por ende, lo que sea reaccionario y retrógrado en el centro también lo es en la periferia hegemónica, no se puede dejar de lado que el marco teórico progresista en el centro es crítico de la realidad social del colonialismo en su sociedad central, lo que no puede transferirse sin más a la periferia, donde el colonialismo crea una realidad social por completo diferente. La transferencia acrítica de marcos progresistas centrales a la periferia del poder hegemónico, nos hace correr el

riesgo de criticar como nuestra a una sociedad que nos es ajena. Algo de eso sucedía cuando la crítica central anterior a la crisis de los setenta, se dirigía contra la *sociedad de consumo*, propia de los *estados de bienestar*, que nosotros no teníamos en Latinoamérica.

14. Los puntos más sensibles de un saber jurídico anticolonialista. Son muchos los aspectos en que la doctrina jurídica debe dar pasos firmes en la promoción de los Derechos Humanos consagrados en las constituciones y, en particular, en el derecho al desarrollo humano progresivo, para construir un Derecho Humano en sentido objetivo.

Uno de los más importantes lo alumbraba el constitucionalismo latinoamericano, con el reconocimiento de la personería de la naturaleza en las Constituciones de Bolivia y de Ecuador⁷⁰, cuyas perspectivas doctrinarias aún no han sido del todo valoradas y menos aún transitadas⁷¹.

Los sujetos de derecho no somos sólo los humanos, como pretende la ideología que hasta el momento ha impuesto el colonialismo, criterio que al separar tajantemente lo *humano* de lo *no humano* a partir de Descartes, dejó en la penumbra el hecho innegable de que la vida humana en el planeta depende y está inserta en lo *no humano*, es parte de ese conjunto que es la naturaleza: no somos dueños de lo *no humano* y menos sus genocidas irresponsables, sino que compartimos su destino.

La mayor amenaza actual para la humanidad es la perspectiva de destrucción de las condiciones de habitabilidad del planeta, producto de una explotación que sólo procura la renta inmediata.

El derecho al desarrollo que implica derecho a la vida, se sostienen en el derecho de la propia humanidad a subsistir sobre la tierra, amenazado por el olvido de la pertenencia del humano a

la naturaleza.

Aún el saber jurídico no ha tomado plena consciencia de que éste es el presupuesto más elemental de todos los derechos, pues en definitiva es el derecho a la vida de toda la humanidad como especie.

En otro orden de cosas, no muy lejano del anterior, el genocidio de nuestros pueblos originarios no terminó con la independencia, sino que, como resultado de la continuidad del proceso colonialista, se extendió por muchos años más, legitimado especialmente por el *pseudoliberalismo racista* de nuestras oligarquías del siglo pasado⁷², aunque no sólo por éste.

Los originarios sobrevivientes fueron sometidos sin piedad durante más de cinco siglos, pero sus culturas han revelado una fortaleza increíble, que las ha hecho subsistir.

La depredación en curso las va privando de sus fuentes de vida, fuerza a los originarios a concentrarse urbanamente, pero pese a todo, no perdieron sus lenguas ni sus tradiciones.

La conciencia de pertenencia a la naturaleza de esas culturas es muy superior a la colonialista, sus formas de resolución de conflictos parecen mucho más racionales, sus creencias giran en torno del respeto al ambiente, perdido por el colonialismo depredador. Sus vínculos con lo Absoluto siempre los establecen a través de la naturaleza.

No sólo se trata de que el saber jurídico privilegie el derecho a la integridad comunitaria y a la propia cultura de nuestros pueblos originarios, sino que debe hacerlo con el derecho a preservar todo el pluralismo étnico y cultural de nuestra región. Esto se vincula estrechamente con la dificultad que nos presentan los monopolios de medios de comunicación que son parte del poder financiero transnacional.

Si bien cualquier monopolio es no-

⁷⁰ Cfr. n. La Pachamama y el humano, cit.

⁷¹ Cfr. Bailone, Matías: "El Bien vivir: una cosmovisión de los pueblos originarios andino-amazónicos", en Zaffaroni "La Pachamama y el humano", ob. cit., p. 149.-

⁷² Una muestra clara de esto, aunque no única por cierto, es el genocidio cometido en el siglo XIX en la Patagonia argentina, llamado pomposamente campaña al desierto y celebrado por la historia oficial como una gesta heroica. Cfr. Valko, Marcelo: "Pedagogía de la desmemoria. Crónicas y estrategias del genocidio invisible", Ediciones de las Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2010.

civo por afectar la libertad de mercado, en el caso de los monopolios y oligopolios de medios de comunicación, está en juego el multiculturalismo como invaluable condición esencial de nuestra región, de nuestro ser latinoamericano.

Esos monopolios no amenazan sólo a la política o a sus eventuales competidores, lo que pasa a un segundo plano en este sentido. Tampoco es decisivo que confundan a la opinión pública, que oculten o creen violencia, sino que, como parte del poder financiero transnacional, su exclusividad tiende a una *homogeneización cultural* que borra las diferencias y anula nuestra riqueza regional, como característica de nuestra

esencia. Tengamos presente que la *igualdad* consiste en el *derecho a ser diferente*, no en la *igualación* propia de los totalitarismos: la peor negación del derecho a la igualdad sería la clonación humana de toda la población.

Esas concentraciones de capital, dueñas de la inmensa mayoría de los medios de comunicación audiovisuales, son una peligrosísima amenaza que tiende a eliminar el *humus* mismo del *ser humano latinoamericano*, a borrar sus raíces cercanas o lejanas, para convertirlo en un ente culturalmente amorfo, adorador de las maravillas del colonialismo en el plano artístico, musical, estético, ético, político, literario, etc.

Los medios concentrados producen hoy los equivalentes a las cuentas de vidrio de los colonizadores originarios. Es urgente que la doctrina jurídica promueva la más decidida defensa del multiculturalismo de nuestra región.

No sería posible ni alcanza la imaginación individual para enlistar todos los otros aspectos por los que debiera correr la constitucionalización de todas las ramas del derecho, pero, en tren de necesaria selección, no podemos pasar por alto el que hace a los derechos individuales y especialmente a la vida humana en cuanto al aparato punitivo de

los estados.

El montaje de un aparato represivo con un giro legislativo y jurisprudencial regresivo hacia la premodernidad penal y procesal penal, no es algo reservado a una rama particular del derecho. El poder transnacional lo sabe claramente y por eso insiste en ese montaje. A medida que se eliminan barreras al ejercicio arbitrario y selectivo del poder punitivo de los estados, se avanza por el camino del genocidio, porque la historia demuestra que éste nunca fue otra cosa que el resultado de un poder punitivo sin contención jurídica⁷³.

Pero no sólo se pone en riesgo de destrucción masiva a la vida humana, sino a todos los derechos y al derecho mismo: la ley penal señala el límite al poder punitivo del estado y, por eso, en definitiva, es un apéndice de la Constitución.

Si bien sería desastroso que se desmoronase el orden civil, el mercantil, el laboral, etc., lo cierto es que si se desmoronase el penal, ningún derecho quedaría en pie, porque el poder policial del estado avanzaría sobre todos los derechos, sin límite alguno.

Por esta razón, el poder transnacional y sus medios monopólicos no atacan frontalmente a las constituciones, sino al límite jurídico al poder punitivo, porque sabe bien que cuando éste se debilita o desaparece, se extingue el estado de derecho, directamente se hunde toda la realización constitucional y con ésta el derecho mismo.

Quien crea que si hiciésemos desaparecer la ley penal y todo el aparato de justicia (jueces, fiscales, abogados, etc.), desaparecería con eso el poder punitivo, está alucinado por el discurso del autismo esquizofrénico normativo, porque en el mundo real, de producirse semejante supresión, el poder punitivo policial se expandiría sin control ni límite.

Por ende, el debilitamiento de los límites jurídicos a su ejercicio (las llama-

das *garantías* que son propias de todo el constitucionalismo de los estados democráticos y constitucionales de derecho) equivale siempre a la expansión del poder punitivo, al debilitamiento de los espacios de autonomía social de los ciudadanos (que es lo que preservan las garantías) y, en definitiva, al desmoronamiento de todos los derechos y de la constitución misma.

La doctrina jurídica, particularmente penal, no puede dejar de incorporar los datos que hacen a los fenómenos sociales creados por los medios concentrados en el plano del derecho penal y cuya relevancia no debe ser ignorada, so pena de formar una doctrina enferma, que alucine un mundo no real y proyecte decisiones para ese mundo inexistente.

Nuestra doctrina penal debe reconocer diversos fenómenos del poder punitivo real en nuestra sociedad, sea para contenerlos, tratar de desbaratarlos o tener en cuenta sus efectos. Entre ellos, no puede pasar sin advertir, por ejemplo, la altísima selectividad del poder punitivo, los prejuicios clasistas y racistas que lo determinan, la sobrepoblación y el deterioro carcelario, la sobrerrepresentación prisional de los sectores más humildes, el efecto reproductor de la prisionización, la falta de asistencia posliberacional, el predominio de presos sin condena, la desmonopolización del uso de la fuerza (sea por grupos armados ilegales o por privatización), la autonomización de las policías, la existencia de *cajas* o fuentes de recaudación autónoma, la letalidad policial y su efecto expansivo, la estigmatización de adolescentes de barrios precarios, la tortura, las falsas soluciones a los problemas sociales, el caos legislativo penal, los disparates jurídicos de políticos oportunistas y atemorizados, la prédica de los medios audiovisuales concentrados que pretenden volver a la edad media penal, la incitación a la venganza, al linchamiento, a la

⁷³ Cfr. n. "Crímenes de masa", con prólogo de Eduardo Barcesat y epílogo de Daniel Feierstein, Ediciones de las Madres de Plaza de Mayo, 2da edición, Bs. As., 2012.

persecución y estigmatización de jueces, etc.

15. Hacia una legislación deseable.

Existe una larga lista de materias que debieran ser objeto de la atención legislativa, muchas veces distraída por la lucha política coyuntural y de campañario.

Es inevitable que el desarrollo del saber jurídico tenga efectos tangenciales sobre la legislación. Un saber que interpreta leyes en forma coherente para facilitar su aplicación, impulsando el desarrollo humano de una comunidad nacional, necesariamente saca a la luz las aristas de la *letra de la ley* de más difícil compatibilización con esos objetivos, al tiempo que descarta las irreductiblemente contradictorias con ellos (por inconstitucionales), sin desconocer que el jurista, al margen de su labor específica, no está obligado a abstenerse de la crítica política a la ley.

En todos los ámbitos legislativos, por ende, la doctrina jurídica cobra importancia por estos efectos tangenciales, lo que no significa, por cierto, que la tarea legislativa deba estar exclusivamente en manos de juristas ni mucho menos.

Desde que el saber jurídico se originó, en las universidades del norte italiano hace más de un milenio, habitúa a los juristas a pensar en forma sistemática, por lo general pretendiendo que las instituciones surjan de modo casi completo, simétrico, ordenado, lo que, por cierto, no sucede ni puede suceder en la práctica política, que las configura conforme a necesidades y urgencias bastante pragmáticas y coyunturales, para pasarlas luego a las manos del intérprete, que procura su aplicación conforme a sus teorizaciones, que son las que deben ser en lo posible completas, simétricas y ordenadas.

Este hábito de pensamiento, con demasiada frecuencia acostumbra al jurista a criticar a las instituciones más por sus imperfecciones políticas que por sus

efectos reales, dejándolo al borde del deslizamiento hacia la abstracción normativista. Por fortuna, la representatividad política democrática neutraliza en buena medida este riesgo.

El máximo objetivo de claridad y precisión legislativa se alcanza en la aspiración a la codificación, donde la colaboración legislativa del jurista es indispensable, porque en estas leyes, en que se pretende agotar todo el contenido de una materia jurídica, precisamente para facilitar su comprensión y aplicación, se requiere una técnica legal más depurada.

La tensión entre la codificación y las leyes particulares es general en toda legislación, porque siempre existen materias no aptas para ser codificadas, otras que lo son y que tradicionalmente se legislan en códigos y, en medio, un enorme campo de materia jurídica que puede o no serlo. El avance de las leyes particulares en materias codificables, así como las reformas parciales que destruyen la sistemática de los códigos, hacen mucho más difícil la interpretación coherente y, por ende, mucho menos previsible su aplicación a los casos concretos.

Estas elementales observaciones, válidas para toda la legislación, hacen que la codificación dependa muchas veces de criterios políticos opinables en ese campo.

La única área en que el movimiento codificador no fue cuestionado y en la que tuvo su inicio, fue la penal⁷⁴, por obvias razones de seguridad jurídica que, como vimos, hacen de su codificación un apéndice ineludible de la constitución política.

En la legislación regional se está produciendo una gravísimas descodificación de esta materia, con el consiguiente debilitamiento de la realización de todos los derechos, en una confusión normativa cada vez más marcada y con incoherencias absurdas,

producto de una política legislativa cuya agenda la marcan los medios de comunicación monopolizados.

Como observación general, vale la pena señalar que la situación actual de la región indica la seria conveniencia de que nuestros legisladores comiencen urgentemente a tomar consciencia de los efectos letales de esta fase superior del colonialismo y a perfeccionar instituciones destinadas a su control.

Llama poderosamente la atención que la alarmante extensión de la muerte prematura en nuestra región sea objeto de muy escasa investigación de campo confiable. En el plano de la muerte violenta heteroagresiva, ha alcanzado un considerable desarrollo la criminología teórica, pero con muy escasa investigación de campo, a la que no sólo no se destinan recursos, sino que incluso –so pretexto de secreto de *seguridad*– se niega información y acceso a sus fuentes a los investigadores independientes.

Como es obvio, *no se puede prevenir lo que no se conoce* y, dado que no se hace mucho esfuerzo por conocer e incluso se obstaculiza o impide el acceso a las fuentes de conocimiento, no es posible creer en la seriedad de los buenos propósitos de prevención. La inevitable y lamentable conclusión, es que *interesa más salir del trance mediático ante la prédica de los medios monopólicos que prevenir las muertes reales*⁷⁵.

En materia de muerte se prefiere proyectar una *buena imagen* a hacer algo eficaz: la mujer del César prefiere parecer honesta, aunque yazga con medio ejército imperial; al César no le importa que su mujer lo haga, lo que le importa es que no lo parezca. Pero esta era una cuestión del César y de su mujer, aquí lo es de toda una sociedad que cuenta muertos y desaparecidos en cifras propias de conflictos bélicos.

Tenemos ministerios especializados en todo, menos en la vida. Foucault se-

⁷⁴ El primer código en sentido moderno, es decir, en el de una única ley sistemática y agotando una materia, fue el penal de Pedro Leopoldo de Toscana. Los llamados códigos anteriores eran recopilaciones de leyes.

⁷⁵ Cfr. Bailone, Matías: "Los homicidios como objeto de investigación. Conocer para prevenir", *Diario La Ley*, 29 de diciembre de 2014, AR/DOC/4656/2014.

ñaló que la administración se complicó cuando pasó a ocuparse de la administración de la vida y dejó de hacerlo con la simple administración de la muerte⁷⁶, pero la historia demuestra que en nuestra región el colonialismo no ha terminado con la administración de la muerte, y que incorpora una variante que Foucault no tuvo en cuenta: *dejar morir y dejar matar*.

Dada la realidad del genocidio por goteo, de las consecuencias letales de la *Tercera Guerra Mundial no declarada*, es menester crear un *ministerio de la vida*, encargado de prevenir la muerte prematura, reuniendo e investigando todos los datos a su respecto, provenientes de las demás áreas de gobierno y privadas, con capacidad para recabarlos y obligación de proporcionarlos (seguridad, salud, industria, agricultura, economía, policías, tribunales, morgues, superintendencias de seguros, hospitales públicos y privados, vialidad, agencias de seguridad, municipios, gobiernos locales, etc.).

16. Algunos aspectos necesitados de legislación más próxima a los Derechos Humanos. (a) Si bien no es una cuestión de exclusiva decisión legislativa local, sino regional y vinculada a instrumentos de derecho internacional que comprometen a todos nuestros países, no es desaconsejable que nuestros legisladores comiencen a pensar seriamente cómo salir de la encrucijada letal en que nos coloca la prohibición de la cocaína.

En principio, es bueno que se interioricen acerca del verdadero problema de salud de los tóxicos y dejen de manejarse con los estereotipos inventados por los medios audiovisuales monopolísticos, que venden la falsa imagen y los estereotipos que envían los colonizadores.

Entre otras cosas es menester que tengan consciencia de que el problema de violencia homicida es el del alcohol y el de deterioro y muerte de nuestros

adolescentes de barrios precarios con los productos tóxicos de descarte o de producción de tan baja calidad que en realidad son *venenos*, cuyo uso incentiva la falta de proyecto de vida, propia de la exclusión social. Todo ello sin contar con el abuso de psicofármacos entre las clases medias y altas y que, al mismo tiempo, no alucinen acerca de los efectos de otros tóxicos más naturales, como la marihuana.

Sin duda que la desincriminación del consumo de cualquier tóxico se impone por efecto de una lógica férrea, y en especial porque su punición no es más que un pretexto para la recaudación de las policías autonomizadas, sin ningún efecto preventivo y con un desgaste de actividad enorme, digno de mejores objetivos. Pero qué hacer con el tráfico mismo, es otra cuestión.

La dimensión alcanzada por la economía de la cocaína impide dar respuestas simplistas, por lo que debemos estar atentos a la simple *legalización* propuesta por los *gurúes* de la teología del mercado. Cualquier solución que haga caer la formidable plusvalía de su servicio de distribución, deberá contemplar los efectos negativos que puede acarrear en los países productores de materia prima, el posible desempleo en los eslabones de producción, el eventual desplazamiento de la actividad criminal vinculada a la exportación y distribución y, quizá, cierta recesión en la economía mundial.

Todo esto es materia que algún día debieran tratar los economistas, con seriedad y sentido pragmático, fuera de todo dogmatismo escolar, para lo cual sería bueno que los convocasen los legisladores. Lo primero que se debe hacer para salir de un pozo, es ser consciente de que se está en un pozo.

(b) Otro importante factor de letalidad que debieran atender los legisladores es que las policías de la región, en mayor o menor medida, se autonomizan del

poder político y van adquiriendo sus propias fuentes de recaudación, frecuentemente con acuerdo del propio poder político, que no tiene idea del riesgo y va quedando sitiado.

El poder de estas agencias aumenta frente al político, al punto de amenazar su estabilidad creando situaciones de caos social o intentando verdaderos golpes de estado. Por otra parte, su implicación con los tráficos ilícitos aumenta su volumen de recaudación hasta límites insospechados y también derivan algunos recursos a las elecciones internas de los partidos e inciden en la elección de candidatos locales. Su apoyo a un grupo de delincuentes en detrimento de otros, le facilita la recaudación, pero tiene resultados mortíferos.

No sólo se autonomizan las policías de seguridad, sino también los servicios secretos de los diferentes países, lo que pone en riesgo la seguridad del estado⁷⁷. El problema se complica aún más cuando se asignan funciones de seguridad interior a las fuerzas armadas, que a poco siguen un camino parecido, ya con seria lesión a la defensa nacional y total pérdida de prestigio público.

Por lo general la recaudación autónoma policial se concentra en cajas que manejan las cúpulas y que no reparten equitativamente, de modo que poco llega a las bases de tropa, que son las que están más expuestas a los riesgos de vida; a éstas se les dejan algunas recaudaciones menores y casi barriales. No pueden reclamar un reparto más equitativo de la recaudación autónoma, porque carecen de representación sindical y están sometidas a un régimen interno por lo general sumamente arbitrario.

La estructura policial latinoamericana conserva la característica de policía de ocupación territorial que proviene de la colonia. Copiamos la Constitución estadounidense pero no su policía comunitaria. La *cooperación* de este país aconseja y hasta impone a Latinoamérica

⁷⁶ Cfr. Foucault, Michel: "Nacimiento de la biopolítica. Cursos en el College de France, 1978-79", Fondo de Cultura Económica, México, 2007.

⁷⁷ Sobre este moderno potencial técnico de vigilancia, Zygmunt Bauman/David Lyon: "Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida", Laterza, 2014.

rica policías centralizadas y únicas, a diferencia de sus propias policías, cuyos cuerpos llegan a casi dos mil. El poder financiero prefiere policías únicas, porque ideológicamente piensa que puede reproducir con las policías el mismo esquema colonialista con que infectó a las fuerzas armadas desde la *Escuela de las Américas*.

Sería urgente que nuestros legisladores pensasen en una seria reforma policial, con la creación de policías de seguridad comunitarias, separación de la policía de investigación criminal, buen entrenamiento de ambas, mejora de las condiciones salariales, desmilitarización de un servicio cuya naturaleza es esencialmente civil y, en particular, con la supresión de todos los obstáculos a la sindicalización, lo que permitiría el desarrollo de una conciencia profesional en la discusión horizontal de las condiciones laborales. Por supuesto que, para esto, se requiere una fuerte decisión política, pues chocará con la resistencia de las cúpulas que pretenderán conservar la parte del león de sus cajas.

(c) Sin duda que podríamos enumerar muchísimas tareas pendientes en el campo legislativo, lo que no tendría objeto en este ensayo, en que sólo señalamos las líneas más generales de lo deseable. No obstante, no es posible dejar de mencionar la cuestión *agraria* y la *medioambiental*.

Nuestra región es productora de alimentos y el agro debe ser muy especialmente regulado y tutelado. Por otro lado, el descuido del agro y la violencia, en varios países han provocado desplazamiento poblacional y fuerte concentración urbana sin fuentes de trabajo en las ciudades, lo que genera situaciones gravísimas de violencia y explotaciones de todo tipo.

Se trata de una materia tan importante que bueno sería pensar en su codifica-

ción, para dotarla de seguridad y previsibilidad. Requiere una regulación especial tanto la propiedad agraria como los contratos, el crédito, la transmisión hereditaria, las semillas, los agrotóxicos, la comercialización, la preservación del suelo, etc.

El suelo destinado a producción agraria no puede ser una mercancía común, librada a la mano del mercado en nuestros países, lo que conduce al monocultivo, a la erosión, a la explotación indiscriminada y a la concentración en perjuicio de la empresa familiar tradicional⁷⁸.

(d) La preservación de la habitabilidad humana del planeta debe ser una prioridad obvia del derecho, pero no lo es en este momento. Aún nuestros políticos no han tomado con la seriedad necesaria la cuestión.

Se trata de una materia en la que convergen y colisionan intereses contrapuestos y posiciones frecuentemente extremas. La mera presencia del ser humano provoca alteraciones en el medio ambiente natural, de modo que desde una posición extrema, no hay actividad que no sea en alguna medida contaminante o deteriorante. Por otro lado, hay actividades que no se pueden suprimir, como la minera –fuente de los más frecuentes conflictos– sin afectar seriamente la economía. La cuestión es cómo equilibrar el interés por la preservación del medio ambiente y el derecho al trabajo y al crecimiento económico. Dicho en otros términos, lo que debe dilucidarse en cada caso es si la explotación económica es racional o depredadora.

Nuestros juristas no están suficientemente preparados para decidir estos casos, que requieren una preparación técnica especializada. Tampoco muchas veces es posible acudir a peritos, pues buena parte de ellos están vinculados a empresas o a instituciones sos-

tenidas por las empresas explotadoras.

La cuestión tiende a cobrar cada día mayor importancia, por lo que sería útil que nuestros políticos –y en especial nuestros legisladores– piensen en la posible creación de fueros o tribunales administrativos o judiciales, quizá con escabinos (combinando jueces letrados con especialistas en estas materias) con capacidad para decidir y con participación comunitaria.

17. Hacia algunos puntos constitucionales deseables. Llegamos al más difícil de los niveles de legislación, sumamente condicionado por la historia de cada uno de nuestros países. No es mucho lo que se puede decir en forma común para todos ellos.

No obstante, hay dos puntos que, por ser comunes, merecen ser seriamente reflexionados.

(a) El primero de ellos es el de los *monopolios mediáticos*, cuya prohibición debería constar en las leyes máximas de toda la región porque, los efectos del papel que cumplen en el colonialismo llevan a la conclusión de que en el actual momento de revolución tecnológica comunicacional es inconcebible una democracia con medios masivos audiovisuales monopolizados u oligopolizados, como también lo sería con cualquier otra tecnología comunicacional que vaya surgiendo o imponiéndose.

No puede haber democracia ni representación auténtica cuando el pueblo no puede enterarse de la realidad, más que en la versión única construida por un monopolio enraizado con los intereses del capital transnacional en esta fase superior del colonialismo⁷⁹.

No es posible tolerar monopolios que ocultan o disimulan las muertes masivas, que minimizan crímenes aberrantes (como la masacre de adolescentes estudiantes en México), que predicán que la violencia disminuye porque ya

⁷⁸ Cfr. Mioni, Walter, et alios: "Tierra sin mal. Aspectos jurídicos e institucionales del acceso a la tierra en Salta", Ediciones INTA, Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria, Buenos Aires, 2013, disponible en: <http://inta.gov.ar/documentos/tierra-sin-mal/>

⁷⁹ La Constitución del Ecuador del 2008 tiene un artículo que prohíbe a los grupos financieros poseer medios de comunicación: "Art. 312: Las entidades o grupos financieros no podrán poseer participaciones permanentes, totales o parciales, en empresas ajenas a la actividad financiera. Se prohíbe la participación en el control del capital, la inversión o el patrimonio de los medios de comunicación social, a entidades o grupos financieros, sus representantes legales, miembros de su directorio y accionistas."

no aumenta el número de homicidios masivos, que pretende calmar con el argumento de que hemos *llegado a una meseta*, que fabrican candidatos a presidente con técnicas de mercado como si se tratase de vender una gaseosa (como sucedió en Brasil y en México), que incitan públicamente al linchamiento (como ha sucedido en la Argentina, con resultado de una muerte impune en Rosario), que postulan una vuelta al sistema penal medieval, que sostienen la necesidad de la tortura, que ocultan la letalidad policial, que fomentan discriminaciones, que no hablan más que de venganza, violencia y muerte, que cuando conviene a los intereses del capital transnacional lanzan campañas de terrorismo mediático, que atribuyen todos los males a la *droga* (ocultando el alcohol, los psicofármacos y las víctimas masivas del inmenso negociado de la prohibición), que estigmatizan a cualquiera que reclame un poco de prudencia, que atemorizan con su terrorismo a los políticos y a los jueces, que se exaltan porque se les paga el trabajo a los presos, que pretenden que *se pudran en la cárcel* todos los excluidos, que difunden prejuicios negativos acerca de las personas de las clases más humildes, que desprecian y hasta quieren ridiculizar las más elementales garantías de nuestra civilización (cuya conquista ha costado muchos millones de muertos a la humanidad), que crean estereotipos clasistas y racistas sin ningún pudor, que arbitrariamente introducen modas, gustos, expresiones artísticas y hasta lenguaje cotidiano en desmedro de nuestro multiculturalismo, etc.

Todo esto no es más que un *totalitarismo mediático* no muy diferente del propio de los tiempos europeos de entreguerras, que nos han dejado la tristísima experiencia de las consecuencias del discurso único de medios. No en vano era un gravísimo delito en la Alemania nazista escuchar emisiones radiales extranjeras. En nuestras

dictaduras de seguridad nacional, el negacionismo mediático, posibilitado por la menor tecnología de la época y practicado por los mismos monopolios actuales, fue el creador y difusor de la tristemente célebre frase *por algo será*.

Nuestros adolescentes de barrios precarios, en el actual y permanente *genocidio por goteo*, son los *chivos expiatorios*, a los que los postulantes de la sociedad excluyente quieren controlar masacrándolos, previa estigmatización estereotipada. No olvidemos que ese fue el camino de la *Shoá*. Son cientos de miles que mueren en toda la región y los monopolios mediáticos minimizan, normalizan u ocultan esas muertes, las atribuyen a las propias víctimas. No tenemos un *Auschwitz*, pero construimos sus equivalentes con suma paciencia. Los cadáveres desaparecidos y aparentemente incinerados de los cuarenta y tres estudiantes de Guerrero lo verifican.

La vida de uno o de cientos de miles de adolescentes de barrio precario no tiene ningún valor para los intereses coloniales de esta fase superior del colonialismo y, naturalmente, tampoco para sus constructores de realidad mediática ni para los colaboracionistas internos de nuestros países colonizados: para todos ellos, cuantos menos jóvenes excluidos haya, cuanto más *descartables* mueran, será mucho mejor.

(b) En otro orden, pero también con general validez como observación en materia constitucional para toda la región, no cabe olvidar que los *populismos* del siglo pasado fueron desbaratados por el neocolonialismo, cuya tarea fue facilitada por cierta fragilidad institucional.

Esa vulnerabilidad procedía del personalismo, que los colonialistas quisieron mostrar siempre como fruto arbitrario de apetencias personales, pero que en realidad era impuesto por las circunstancias de la época: esos movimientos sólo pudieron ser personalistas, pues su composición pluriclasista y los equili-

brios que debieron hacer para promover el desarrollo humano, no podían tener lugar más que con una conducción en la que pesase un liderazgo personal.

El desafío actual es, precisamente, preservar a las fuerzas y movimientos políticos de resistencia al colonialismo en esta fase superior, logrando su institucionalización.

Todo sistema de gobierno (presidencialismo, parlamentarismo, mixtos) funciona bien y no es muy vulnerable mientras existen conducciones eficientes y capaces de renovación y autocrítica, pero para los momentos en que éstas se debilitan o desaparecen por efecto del tiempo, del cansancio, de cualquier coyuntura o de la vida misma, es menester pensar en una institucionalización que garantice mínimamente su continuidad y renovación.

Por cierto que no existe una fórmula ideal aplicable a toda la región en cuanto a la configuración de sus estados, porque la empresa redistributiva no es pareja, dado que hay países con diferente grado de desigualdad y exclusión, con exclusiones más marcadamente racistas, con muy distintas intensidades de violencia, con sus propias experiencias históricas tanto traumáticas como positivas, con su memoria histórica más o menos conservada, etc.

Cada uno debe pensar como construir este reaseguro constitucional e institucional. No hay ninguna fórmula de validez general para resolver la cuestión, pero hay una cuestión general que cada quien debe resolver.

18. Alguna conclusión. Se hace necesaria una advertencia final: el colonialismo es un *proceso* y no una *conspiración*.

En un proceso que se desarrolla a lo largo de siglos, no todo ni mucho menos son conspiraciones, acuerdos y ni siquiera conductas conscientes; apenas una minoría conoce con precisión el papel que juega en este tablero de poder y ni siquiera tiene el poder de conducirlo, lo que permite el espacio de

resistencia anticolonialista.

Tampoco hay maquinaciones capaces de programar todo esto. Simplemente se van dando conductas y fenómenos que, por ser funcionales al poder hegemónico mundial, éste los deja andar o los favorece; opera como una suerte de filtro, que impide el paso a lo disfuncional y deja colar lo funcional a sus intereses.

Por último, como síntesis máxima de todo lo expuesto, podemos decir que la más importante tarea que tiene por delante el derecho latinoamericano, es la de asumir la necesidad de reforzar su papel de instrumento de lucha contra el colonialismo, formar juristas populares en esta línea, contribuir a despertar a nuestras poblaciones de la ensoñación televisiva, erigirse en un freno al actual *genocidio por goteo*, asegurar los derechos elementales de los habitantes, jugarse decididamente por el modelo de sociedad inclusiva y, para todo eso, *otorgar prioridad doctrinaria y jurisprudencial*

al derecho al desarrollo humano, íntimamente conglobado con el derecho a la vida individual y colectiva de la humanidad en el planeta.

De este modo cumplirá la función de *construir* la confianza en el derecho. Esta no es una expresión hueca, sino la única manera de no caer en la trampa que constantemente tiende el colonialismo.

La desconfianza en el derecho equivale al descreimiento en la posibilidad de una coexistencia mínimamente razonable y respetuosa de la dignidad de persona de todos los habitantes.

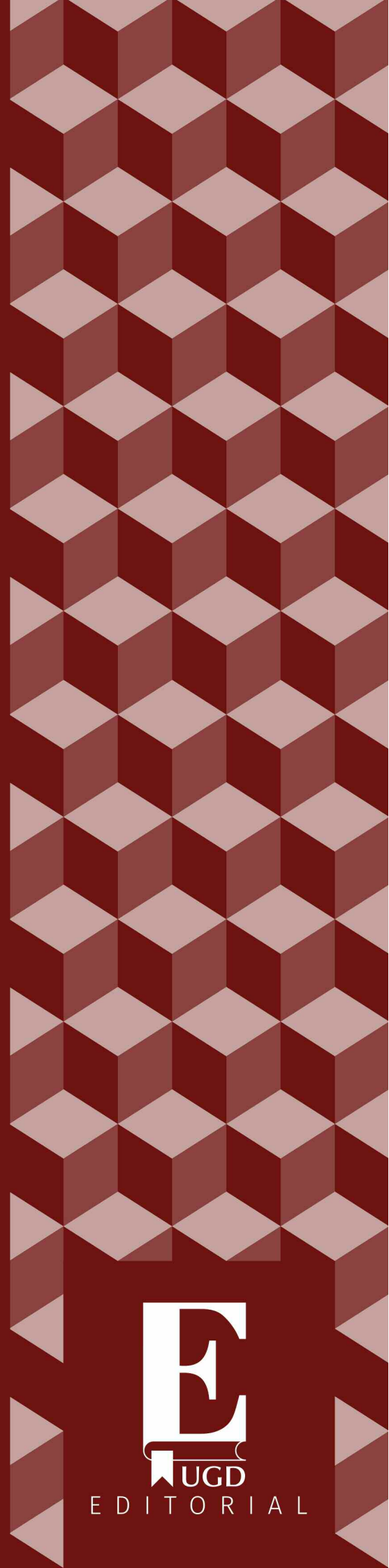
Lo peor que puede suceder es que se profundice esta desconfianza hasta el límite en que el derecho sea arrojado lejos, como una herramienta inútil. En estos días es el colonialismo quien contribuye más a esta desconfianza, pues con su accionar pone de manifiesto que considera al derecho como un simple instrumento de dominación colonial. Esto le resulta funcional también como

instigación a la violencia, que es lo único que queda cuando al derecho se lo arroja lejos por inútil.

Allí está la trampa: fuera del derecho, en la violencia, el colonialismo sabe que lleva ventaja, que toda violencia le sirve de pretexto para legitimar su genocidio y matar más, que en el peor de los casos, si llegase a perder, sólo sería con costos muy dolorosos para los pueblos, difíciles de reparar, a veces imposible, y que si pierde en un lugar, en este mundo globalizado ganará en otros. Nunca juega a perdedor, pues en el balance mundial, con la violencia sale ganancioso.

Lo que el colonialismo se esfuerza por impedir –y a lo que más teme– es al aprovechamiento de la globalización para que se entiendan mejor entre los pobres del mundo y puedan reclamar un orden mundial más justo por el camino de la coexistencia, es decir, del derecho. Allí es donde llevaría la de perder. Ese es nuestro camino.





E
UGD

EDITORIAL