

**CONFLICTOS DERIVADOS DE LA EROSIÓN COSTERA:
RESPONSABILIDADES ESTATALES. CAMET NORTE, PARTIDO DE MAR
CHIQUITA, PROVINCIA DE BUENOS AIRES, ARGENTINA**

Por Cecilia Lucia Mantecón, Jorge Rubén Álvarez y Julio Luis del Río

Recibido: 13/12/2016

Aprobado: 08/03/2017

RESUMEN:

La evidencia geológica indica la existencia de un severo proceso erosivo en la zona costera de Camet Norte Partido de Mar Chiquita, provincia de Buenos Aires, producidos, tanto por la acción natural del mar, como por acciones antrópicas (Schnack et al, 1983, p. 130, Bunicontro et al, 2012, p. 21; Fernández et al, 2015). El presente trabajo pretende determinar la participación y la responsabilidad del Estado por su accionar en las respuestas que le dio a la problemática en la zona en estudio. Para ello, se evalúa la situación ambiental de la zona y se establecen los diferentes factores dominantes y legales que determinaron la problemática actual del área, desarrollaremos los argumentos jurídicos que nos permiten dimensionar la responsabilidad del Estado en dicho conflicto, a través de un marco teórico y los comentarios de una causa judicial suscitada como consecuencia de esta problemática.

PALABRAS CLAVES:

Erosión costera- Planificación costera integral – Derecho Ambiental

**DISPUTES ARISING FROM COASTAL EROSION: STATE
RESPONSIBILITIES. CAMET NORTE, DISTRICT OF MAR CHIQUITA,
PROVINCE OF BUENOS AIRES, ARGENTINA**

By Cecilia Lucia Mantecón, Jorge Rubén Álvarez y Julio Luis del Río

ABSTRACT:

Geological evidence indicates the existence of a severe erosion process in the coastal area of North Camet, Mar Chiquita district, Buenos Aires, produced, in the opinion of several authors (Schnack et al,1983, p. 130 y Bunicontro et al, 2012, p. 21) by the natural action of the sea as well as by human actions. Our main objective is to determine the extent of the State's participation and liability for the actions taken in giving answer to the problems in the area of study. To do this, we will assess the environmental situation of the area and we will establish the dominant factors that caused the current problems. We will also develop the legal arguments that allow us to measure the government responsibility in the conflict through a theoretical framework and the comments of a court case raised as a result of this problem.

KEY WORDS:

Coastal erosion- Integrated coastal planning-Environmental law

CONFLICTOS DERIVADOS DE LA EROSIÓN COSTERA: RESPONSABILIDADES ESTATALES. CAMET NORTE, PARTIDO DE MAR CHIQUITA, PROVINCIA DE BUENOS AIRES, ARGENTINA

Por Cecilia Lucia Mantecón*, Jorge Rubén Álvarez y Julio Luis del Río*****

I. Palabras Preliminares

La erosión costera es un problema ambiental considerado de gravedad en el litoral de la provincia de Buenos Aires. Las causas si bien naturales, han sido intensificadas por la acción directa e indirecta del hombre (Schnack et. al, 1983, p. 118; Cionchi et. al, 1993, p. 318, Marcomini et. al, 2007, p. 396). Los cambios acaecidos por estas causas combinadas en la costa, llevan a conflictos con los ciudadanos que han adquirido lotes y viviendas en zonas que han desaparecido por erosión o se encuentran con probabilidades de desaparecer.

II. Descripción general del área

La zona de estudio se encuentra en el ambiente de llanura que se extiende desde los faldeos nororientales del sistema serrano Tandilia, también denominado Sierras Septentrionales de la Provincia de Buenos Aires hasta el océano Atlántico. Las rocas y materiales de superficie son sedimentitas¹ de edad Cenozoica que incluyen al Pleistoceno (Pampiano) (Fidalgo et al, 1973, p. 27) y Holoceno (Postpampiano). En los acantilados se exponen la Formación Santa Clara (Pleistoceno superior) (Schnack et al, 1982, p.152).

Los acantilados de la zona analizada se han formado por erosión marina de las sedimentitas, conformadas por materiales transportados por el viento y depositados en forma de manto, que cubrieron un paisaje preexistente para luego ser re trabajados por diferentes procesos exógenos de tipo fluvial y por acción de la pendiente (Bidegain et al, 2005, p. 602).

*Abogada, Doctora en Derecho (UNMDP). Becaria posdoctoral Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Instituto de Geología de Costas y del Cuaternario (UNMDP- CIC). Investigadora UBACyT (UBA). Docente (UNMDP- UTN).

** Licenciado en Geología (UNLP), Ingeniero en Petróleo (UBA). Comisión De Investigaciones Científicas (CIC), Instituto de Geología de Costas y del Cuaternario (UNMDP-CIC). Docente (UNNE-UNMDP).

*** Doctor en Ciencias Naturales y Lic. en Geología de la UNLP Director del Instituto de Geología de Costas y del Cuaternario (UNMDP-CIC). Director desde 1995 el Grupo de Geología Ambiental del IGCyC. Profesor Asociado. Dedicación Exclusiva en la UNMDP con Categoría Docente I.

¹ Rocas generadas por procesos exógenos (interacción entre la atmósfera, la hidrosfera, biosfera y litosfera).

En general son materiales sedimentarios de tipo *loess*², y *loess* retrabajado con pequeños depósitos interestratificados de paelocanales con presencia de niveles conglomerádicos³ y paleolagunas⁴ y el desarrollo de palosuelos⁵. Entre estas secuencias pueden presentarse láminas o concreciones de tosca (carbonato de calcio) como también niveles de ceniza volcánica en forma intercalada (Osterriteh et al, 1993, p. 57) vinculados a las secuencias *loésicas*⁶ del Pleistoceno⁷ y Holoceno. Sobre estos materiales se desarrollaron los suelos, que en su mayor parte corresponden al tipo de los Molisoles de acuerdo con la Carta de Suelos de INTA⁸, y el sistema de clasificación americana (Soil Survey Staff, 1975, p. 154)

El entorno geomorfológico en el que se encuentra la localización de la zona de conflicto y estudio corresponde a la unidad denominada planicie fluvioeólica (Martínez, 1988, p. 48). El rasgo geomorfológico más característico es su muy bajo relieve y escasa pendiente. La zona es un interfluvio entre los cauces de los arroyos Seco (al norte) y el Santa Elena. La secuencia geológica es afectada por la acción marina en la zona costera generándose un cortejo de formas erosivas definido por la presencia de acantilados, plataformas de abrasión y eventuales farallones de baja altura.

Schnack y colaboradores (1983, p. 130) estimaron para el lapso 1970 – 1982, un retroceso de la costa para la zona de Santa Clara, de 1,40 metros por año. Estudios más recientes dan cuenta de una retracción costera para el sector de Camet Norte y la Caleta del orden de 1.17 y 1.47 m/año respectivamente (Fernández et al, 2014). Fernández y colaboradores (2015) han aplicado un sistema de indicadores de vulnerabilidad costera en la zona objeto del presente trabajo cuyos resultados han determinado que en particular la zona de Camet Norte es la que presenta la mayor vulnerabilidad ante la erosión marina.

III. Dinámica costera e interacciones antrópicas

Los elementos que han llevado a que la costa del sector de Camet Norte se erosionara como ha sucedido se deben a dos causas principales: procesos naturales y acciones antrópicas.

² Roca sedimentaria de grano fino transportada por agentes eólicos.

³ Estratos o láminas formados por rocas sedimentarias cuyos clastos (fragmentos de rocas preexistentes) son mayores de 2 mm y se encuentran redondeados por los agentes de transportes.

⁴ Antiguos relieves relacionados con cursos fluviales y lagunas fósiles.

⁵ Antiguos suelos que se formaron en el pasado geológico y se encuentran en perfiles estratigráficos.

⁶ Depósito sedimentario de material fino transportado por el viento (*loess*).

⁷ Periodo geológico que abarca desde hace aproximadamente 1,8 millones de años hace aproximadamente 11.500 años.

⁸ Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria.2005.

III.1. Procesos naturales

El acantilado del área sujeta a estudio está constituido por sedimentos finos (limos, limos- loessoides parcialmente entoscados) poco consolidados. Esta característica los hace muy vulnerables al embate de las olas, la playa de poca extensión es cubierta generalmente en su totalidad durante la pleamar. En eventos episódicos de alta energía (tormentas de los cuadrantes S, SE y SW) los fuertes vientos, promueven un oleaje que alcanza la base del acantilado generando un rasgo típicamente erosivo denominado media caña que implica la falta de sustentación de la parte superior del acantilado. Esta falta de sustentación deviene en un desplome de la parte cuspidal y un retroceso de la costa. Este proceso reiterado constituye el mecanismo físico de la erosión de la costa.

Asimismo, las descargas pluviales, en particular durante lluvias torrenciales, producen una erosión lineal que corta transversalmente la costa desde la parte superior y frontal de los acantilados. Este proceso genera una disminución local de la altura de los acantilados en el intento de establecer un nivel de base para la erosión vertical del proceso hídrico.

III. 2. Acciones antrópicas

Bertola (2006, p. 55) sostiene la articulación de procesos naturales con acciones antrópicas interactúan en las modificaciones morfodinámicas de las playas y que pueden ser los inductores directos o indirectos de la erosión de playas.

Así, la erosión costera es un fenómeno de génesis natural que se manifiesta como un problema ambiental (por la inducción antrópica y la vulnerabilidad de los asentamientos y obras de arte en la costa) de gran importancia en numerosos centros urbanos de la costa bonaerense (Merloto et al, 2008, p. 145).

En concordancia con lo que expone Bertola (2006) los ciclos estacionales invierno/verano, los ciclos episódicos, los períodos tormentosos y de inundaciones, los efectos antrópicos y la presencia de bancos arenosos submareales modifican el ángulo de incidencia de las olas produciendo efectos locales que se manifiestan como cambios morfológicos naturales y artificiales de las playas de los partidos del Sudeste Bonaerense entre los que se destaca también la zona de estudio.

Sin embargo, este autor considera que los efectos antrópicos -ya sea en forma directa o indirecta-, de alteración de playas superan a las variaciones morfodinámicas originadas por procesos naturales.

Entre los factores antrópicos se ha considerado a la urbanización y la excesiva fijación de médanos frontales (Isla et al, 1998; Isla, 2010), la extracción de arena (Schnack et al, 1983; Isla y Fasano, 1987) y la construcción de defensas costeras (Merlotto y Bertola, 2008). Estos efectos antrópicos se encuentran centrados en la zona objeto de estudio en al menos dos conjuntos de acciones concurrentes.

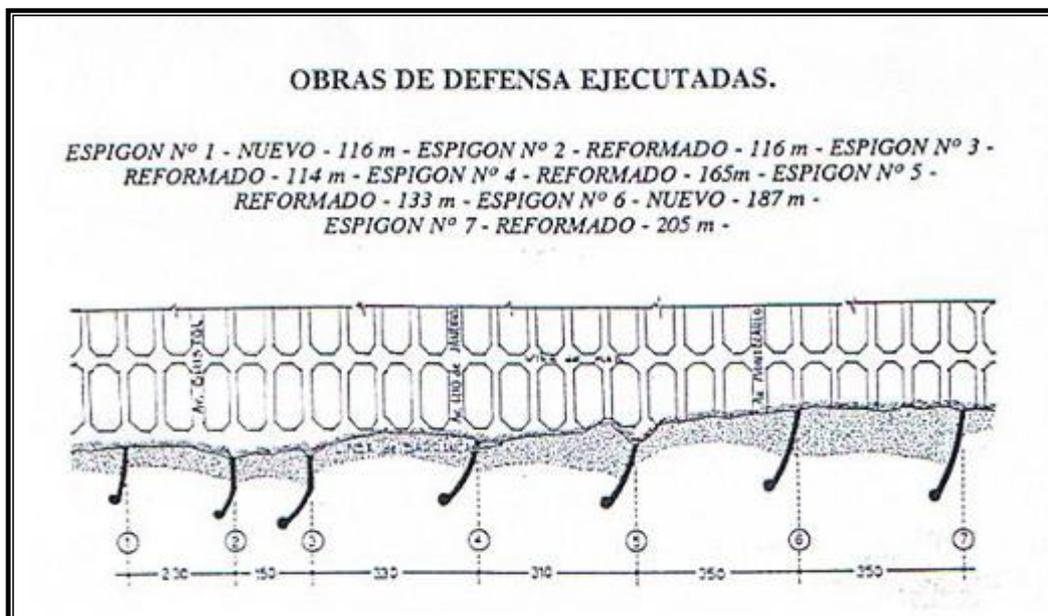
La extracción ilegal de arena de las playas que se ha manifestado en ciertos lugares de modo puntual y produce una merma en el depósito de playa, facilitando el socavamiento de la base de los acantilados y su posterior desplome. Esta situación de características delictuales o contravencionales es más destacada en general en artículos periodísticos como los del diario "La Capital" del día 21 abril 2004, que en publicaciones científicas.⁹

Las obras de contención estructural de la erosión costera, mediante la construcción de sistemas de espigones y escolleras en T y J que altera y restringen la deriva litoral desde el Sur hacia el Norte y que consecuentemente es inductora de la merma de arenas en los sectores situados aguas debajo de la obra respecto de la deriva litoral.

Los sistemas de escolleras, actúan como trampa de arena que estabiliza las zonas de playa en el entorno de las obras. De allí su doble propósito de no sólo defender la costa, sino también de formar playas. Su efecto es beneficioso a nivel local, pero en las playas situadas hacia el norte se reduce el aporte sedimentario y sufren un doble efecto negativo: pérdida de superficie de playa y erosión de sus acantilados.

En la ciudad de Santa Clara del Mar, situada inmediatamente al sur de Camet Norte, el Departamento de Obras Marítimas, decide entre los años 1983 y 1984, la construcción de 7 espigones, a fin de cubrir un área de 1.640 metros de longitud para defender a su costa de una erosión muy agresiva cuya disposición o emplazamiento se muestra en Figura 1.

⁹ Diario La Capital, Miércoles 21 de abril de 2004, p. 32.



**Figura 1: Obras de defensa ejecutadas en Santa Clara del Mar durante 1983-1984
(Lagrange 1993, “Mar, Playas y Puerto”)**

Recientemente, Bunicontró y colaboradores (2013, p. 1) determinaron para la localidad de Santa Clara del Mar tasas de retroceso costero para el periodo 1958 y 1975 del orden de los 1,7 m/año en el sector sur hasta 5,8 m/año en el norte y una tasa de acumulación de arena en la playa entre 1958 y 2009 que fue de 0,9 m/año promedio para toda la costa de esta localidad.

Estos autores consideran que el área de estudio ha sufrido modificaciones, producto principalmente del rápido crecimiento urbanístico y turístico, incrementando la erosión de playa y el retroceso de los acantilados de manera considerable. Consideran que la zona norte de Santa Clara, lindante con la zona de estudio en el presente aporte presenta una alta vulnerabilidad a la erosión.

Entre los principales factores que consideran fueron determinantes en la modificación de las condiciones hidrodinámicas del sistema litoral se destacan: la destrucción y degradación del campo de dunas colgado (cuyo relicto degradado se encuentra en la zona de Camet Norte), la canalización del Arroyo Los Patos, la instalación de paredones verticales (*seawalls*) y la construcción de una serie de espigones en J a partir de la década de 1950.

Por su parte, Fernández y colaboradores (2015) concluyen en que las tasas de erosión/acreción por ellos calculadas denotan el retroceso generalizado de la línea de costa desde 1955 hasta 2013.

Indican además que esa situación se hace visible notablemente por la pérdida de terrenos linderos al mar y por las numerosas obras de defensa costera que se llevaron a cabo en toda la zona, que incluye la zona del conflicto que se analiza en este trabajo.

Estos autores indican claramente que *si bien la aglomeración urbana más notoria y con más desarrollo en términos de extensiones Santa Clara del Mar, también es la única zona que mostró mínimas señales de acreción, en el período 1955 - 2013. La causa principal de este valor obtenido yace en las numerosas obras de defensa costera en forma de espigones oblicuos las que alternan entre formas en T y con leves inclinaciones en dirección sur. Las mismas se desarrollaron con el objetivo de lograr un ensanchamiento de las playas.*

Un indicio fehaciente de la causa de la cantidad de lotes perdidos es la mala planificación de las defensas costeras a lo largo del partido.

La efectividad local de las medidas de defensa implementadas en la zona de Santa Clara han permitido estabilizar la línea de costa, minimizando el retroceso, y ha aumentado en algunos sectores la playa en este lugar han producido una subsaturación de la corriente de deriva litoral hacia el norte. Esto traslada el proceso erosivo en el sentido de la deriva afectando directamente, en este caso, a la localidad de Camet Norte que presenta una tasa de retroceso continuo de 2,15 m/año y que ha perdido más de 110 metros de frente costero desde 1958 (Bunicontro et al, 2012, p. 12).



Figura 2: Imagen satelital *Google Earth*

Bunicontro y otros (2012) indican que la erosión se vio notablemente acelerada en Camet Norte ya que la estabilización de Santa Clara coincidente con la construcción de 7 escolleras en Santa Clara del Mar, entre 1983 y 1984 en un tramo de 1.720 metros, traslada la problemática del proceso erosivo deriva arriba, *“afectando directamente en este caso, a la localidad de Camet Norte que presenta una tasa de retroceso continuo de 2,15 m/año y que ha perdido más de 110 m de frente costero desde 1958”*.

Consecuentemente, la obra que se presentó como éxito relativo para Santa Clara, y tal como puede apreciarse en la imagen satelital de *Google Earth* (Figura 2), determina que el área defendida por las escolleras es coincidente con el área de acumulación y estabilización de arenas; mientras que el área no protegida (Camet Norte) se encuentra sujeta a la erosión, evidenciada por el retroceso de la línea de costa.

Ante esta evidencia, experiencias comparables a situaciones similares registradas en muchos otros sectores costeros y como se ha documentado en los trabajos de los autores previamente citados, puede concluirse que las escolleras construidas en el sector de Santa Clara del Mar han colaborado o incidido como efecto antrópico a la erosión del área de Camet Norte.

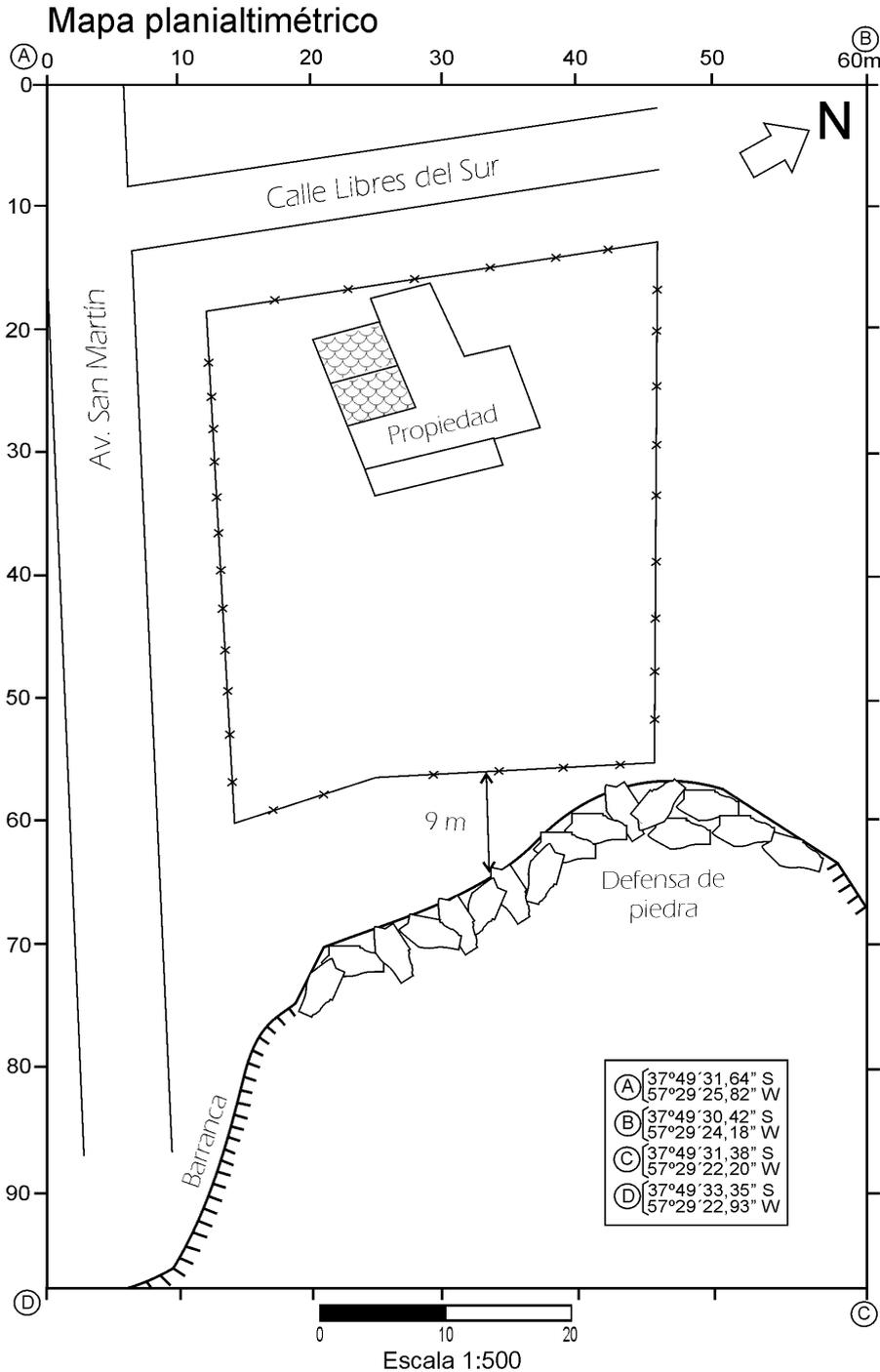


Figura 3: Mapa altimétrico del área de estudio (Centro de Geología de Costas y del Cuaternario, 2008)

En la figura 3 se puede ver como la distancia entre la propiedad construida y el frente acantilado es mínima. Esto ha obligado a los propietarios intentar un esfuerzo individual para proteger su propiedad disponiendo bloques de piedra a modo de piedraplen que limite la erosión de la base del acantilado. Sin embargo, Bertola (2006) concluye que "La protección de la costa

no puede ser considerada como una responsabilidad individual, y por ello, si bien existen soluciones locales, no funcionan a escala regional, por lo tanto la defensa costera debe ser un esfuerzo cooperativo entre todos los municipios costeros.”

IV. Antecedentes y legislación

Para abordar los aspectos jurídicos de esta problemática, se comenzó por definir conceptos y desarrollar algunas normas específicas aplicables al conflicto. En este sentido, se partió del concepto de daño ambiental normado en el artículo 27 de la ley general del ambiente¹⁰, que lo define como “un hecho o acto jurídico, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva”. Es decir, que el daño ambiental es “toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, a los bienes o valores colectivos”.

En primer lugar, se destaca que no toda alteración del ambiente es negativa. Sería ingenuo pensar que dentro de un marco de desarrollo, se puede vivir sin producir un cambio al ambiente. Es por esto que todo acto o acción que produzca una modificación significativa requiere de una evaluación en el marco de la teoría de la sustentabilidad.

En segundo lugar, se encuentra que lo dicho es coherente con la definición amplia de ambiente que regla la Constitución Nacional en su artículo 41¹¹; estableciéndolo como un sistema, protegiendo cada uno de los elementos que lo componen, de la ruptura del equilibrio entre ellos e incluyendo en este bien jurídicamente protegido a los bienes culturales.¹²

En tercer lugar, se tiene en cuenta que el daño ambiental es de incidencia colectiva. El bien jurídicamente protegido corresponde a una cantidad de personas indeterminadas. Es decir,

¹⁰ Ley 25675, artículo 27:” El presente capítulo establece las normas que regirán los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva. Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos.”

¹¹ Constitución Nacional: artículo 41” Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.

¹² (Sabsay, 2003, p.75) lo define como “un conjunto de elementos naturales, artificiales o creados por el hombre, físicos, químicos y biológicos, que posibilitan la existencia, transformación y desarrollo de organismos vivos”.

que se encuadra dentro de los intereses difusos. Cada individuo goza de una porción de dicho ambiente, indivisible y tutelable en provecho de la colectividad.¹³

En contraposición a este daño de incidencia colectiva existe el daño individual, que es sufrido por una persona determinada, como por ejemplo el daño a la salud. En materia ambiental, también se tiene en cuenta los daños individuales producidos como consecuencia de un daño ambiental. Así lo determinó la CSJN en el fallo “Mendoza” haciendo una diferenciación entre las lesiones sufridas en los bienes individuales tanto en las personas como en su patrimonio como consecuencia directa de la agresión al ambiente y el de la tutela del bien jurídico ambiente, que por su naturaleza jurídica, es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes.¹⁴

Por otro lado, la ley General del Ambiente, al referirse al autor del hecho dañoso determina que el que cause el daño tiene la responsabilidad objetiva de restablecer las cosas al estado anterior a su producción o pagar una indemnización sustitutiva en caso que no sea posible su restablecimiento. Es decir que cualquier persona física o jurídica puede producir un daño al ambiente y tiene la obligación de responder por ello. Este trabajo se concentró en la responsabilidad del Estado.

El viejo artículo 1112¹⁵ del Código Civil responsabilizaba al Estado tanto por acciones u omisiones llevadas a cabo por funcionarios públicos, como también por el ejercicio irregular de sus funciones. Hutchinson (Hutchinson, 2011, p. 512) explica que hay dos interpretaciones de este artículo. La primera teoría, sostenida por la mayoría, opina que responsabiliza directamente a la persona de los funcionarios. En una teoría contraria, se piensa que la mencionada norma consagraría la responsabilidad directa del Estado por actos y omisiones de los agentes en ejercicio de la función pública.

Después de varias interpretaciones de las notas del Código Civil, a partir del caso Francés “Blanco” se comenzaron a desarrollar los conceptos de falta de servicio y falta personal. Nos explica el autor mencionado (Hutchinson, 2011, p. 500) que la diferencia radica en que

¹³ (Safi, 2011, p. 37) explica al respecto, que consecuencias trae aparejadas la pertenencias colectiva del interés sobre el bien ambiental: “ estamos ante un bien de usos y goce común, que no es susceptible de apropiación individual; que no pertenece ni al Estado ni a los particulares en forma exclusiva; que su afectación provoca consecuencias en perjuicio de todos; que el proceso iniciado a su respecto engloba a la comunidad; que en su tutela prevalece el interés general; que su defensa es indisponible; que la tutela conseguida por uno beneficia a todos”.

¹⁴ Fallo 329:2316 (in re “Mendoza”, 20/06/2006, consids. 6).

¹⁵ Código Civil: artículo 1112: ““Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título.”

existe falta personal cuando la falta es separable material o intelectualmente de la misma función administrativa, es decir imputable directamente al funcionario.

En cambio, la falta de servicio es una especie de ausencia de servicio debido a su defectuoso funcionamiento, inclusive por demora, que basta para configurar la responsabilidad del Estado por los daños acarreados a los particulares (Hutchinson, 2009, p. 141). Es decir, la falta de servicio se produce por un funcionamiento incorrecto en la prestación brindada por el Estado. Este mal funcionamiento puede ser tanto por acción como por omisión.

Vega y otros (Vega et al, 2008, p. 311) realizaron un trabajo analizando la falta de servicio a través de la interpretación de tres fallos.¹⁶ Una de sus conclusiones es que para determinar la existencia de falta de servicio se requiere analizar al régimen jurídico específico en donde se encuentran establecidas las funciones y obligaciones esenciales de dicho servicio.

También, expresan que tratándose de casos que enrolen la responsabilidad del Estado por omisión, habrá que analizar si la omisión en cuestión refiere a mandatos jurídicos que surgen en forma expresa de la normativa que regula el servicio, o mandatos jurídicos expuestos de modo general y /o indeterminado.

En estos últimos supuestos, la Corte exige ahora, no sólo un juicio estricto respecto a dichos mandatos generales, sino también el análisis de las consecuencias de la decisión o toma fundado en criterios de razonabilidad.

Asimismo, se tiene en cuenta que en agosto de 2015, entró en vigencia el Código Civil reformado, que unifica los códigos civil y comercial, aparejando grandes cambios en el sistema jurídico argentino en general y beneficia ampliamente a los temas ambientales. A pesar de que en materia civil se regulan las relaciones entre particulares, los derechos colectivos no han sido ajenos a este cambio.

La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El nuevo código, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la Constitucionalización del derecho privado¹⁷ (Lorenzetti, 2014, p.12).

¹⁶ “Barreto, Alberto Damián y otro c/ Provincia de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios “21-03-2006. “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Provincia de Buenos Aires (Policía Bonaerense) y otros s/ Daños y Perjuicios, originario. Causa: M.802.XXXV del 6-03-2007. Juárez, Carlos Arturo y otro c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo de la Nación por conducto de Ministerio de Interior de la Nación)” J.23.XXXVIIJ.27XXXVII, del 18-09-2007.

¹⁷ En su artículo 1 en código reformado determina:” Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que

La importancia de este artículo, consiste en cuáles son los instrumentos con los que los jueces van a resolver las cuestiones que rige el código, al momento de suscitarse un litigio ambiental que contraponen leyes entre sí. El principio general elegido por el legislador es el ambiental, criterio establecido ya en la ley general del ambiente. Este principio general ambiental revaloriza a los tratados internacionales de Derechos Humanos, de aplicación directa y obligatoria para los Estados firmantes. Asimismo, sabemos que en materia ambiental, el derecho internacional es el motor que introduce grandes cambios en la legislación de los Estados parte¹⁸.

Esta reforma es coherente con el sistema que se plantea desde el artículo 41. Sin embargo, resultó negativo, que se haya sacado de la esfera del Código Civil, la responsabilidad del Estado. Si bien los administrativistas encuentran positivo que salga de la órbita civil y pase a la administrativa, la sanción de la ley 26.944¹⁹ es insuficiente, ya que rige en territorio nacional e invita a las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a esta ley. Igualmente, se consideró que aplicando el principio de responsabilidad del artículo 41 y Ley General del Ambiente, se puede imputar al estado provincial, a pesar de no tener Ley de Responsabilidad Estatal en la Provincia de Buenos Aires.

V. Jurisprudencia

En la causa “Carrizo María Ester c/ Ministerio de Obras y Servicios Públicos y Otros s/ Pretensión Indemnizatoria. Juzgado Contencioso Administrativo n° 2 de la ciudad de Mar del Plata (12.11.10)” la actora se presenta ante el Juzgado Contencioso Administrativo, interponiendo demanda contra el Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Provincia de Buenos Aires y el Poder Ejecutivo Provincial.

Realiza dos peticiones. Una solicitando el cese del daño ambiental a través de la realización de obras defensivas en el sector costero. En la segunda petición, solicita la reparación de los daños individuales, producidos en su vivienda.

la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos, o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

¹⁸ De la misma forma, el artículo 2, expresa las pautas de interpretación. “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

¹⁹ La ley 26.944 fue sancionada en el año 2014 y rige “la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas. En su artículo 3 determina los requisitos de la responsabilidad del Estado, tanto por actividad ilegítima como por inactividad ilegítima. Entre ellos, define la falta de servicio como:” una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.

En la demanda relata que en su barrio la erosión costera ha traído consecuencias gravísimas. Explica que la erosión es un fenómeno natural y la provincia ha provocado un daño aún mayor realizando obras de infraestructura de puertos y escolleras, sin ningún tipo de previsión. Asimismo, denuncia que la problemática se agrava porque la provincia de Buenos Aires no ha realizado obras de defensa para la costa y su vivienda.

Corrido traslado de la demanda, los demandados rechazaron la misma considerando que no existe responsabilidad del Estado por no haber incurrido en falta de servicio. Producida la prueba, el juez de primera instancia, consideró: en primer lugar, que el demandado resulta ser la provincia de Buenos Aires y no cabe escindirlos como si fueran dos personas distintas. (Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires- Ministerio de Obras y Servicios de la Provincia de Buenos Aires).

En segundo término, realiza una disquisición de las peticiones de la demanda, sintetizando su alcance y aclarando que de resultar favorable, no se podría expresar en un crédito que quepa en cabeza del accionante. Si no, que se debería imponer una obligación de hacer que tenga por fin recomponer el ambiente dañado.²⁰ Respecto a la segunda pretensión, ésta abarca la indemnización por los daños individuales, dictamina que si fuera viable, solamente se deberá indemnizar el daño efectivamente sufrido por la actora a partir de la situación objetiva que se pretende preservar.

El juez deja en claro que el fenómeno de la erosión se da en toda la costa por ambas acciones, las naturales y las antrópicas (desarrollo urbano, construcción de puertos, obras de contención etc.). Considera que el Estado aplica diferentes criterios políticos a la hora de determinar la configuración del litoral marítimo, mediante la elección de herramientas que tiendan a proteger sectores de la costa, para ganar terreno al mar o abandonar otros sectores.

Continúa diciendo que los “Los recursos públicos, que siempre escasos, imponen establecer prioridades entre los diversos sectores en juego, de modo tal de seleccionar, utilizando criterios de oportunidad, merito o conveniencia, algunos sectores en beneficio de otros. Por otra parte, la misma escasez de recursos públicos impone la existencia de decisiones que evalúen los costos y los beneficios de una intervención humana en pos del control de la erosión costera; haciendo más las palabras de una de las personas que ha estudiado la problemática

²⁰ Según artículo 28, Ley General del Ambiente:” El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder”.

local, ciertos sectores de la costa no merecen ser recuperados – playas de baja demanda turística o playas en las que habría que prohibirse el baño dada las condiciones de higiene de las mismas- (Isla, op. Cit. pag. 133); desconozco si esa es la situación de la actora, solo destaco la necesaria gradación de atención pública entre los diversos sectores, que puede ser desde muy intensa a nula”

Respecto a esta causa, se realizaron algunas reflexiones sobre el daño ambiental colectivo y las expresiones del juez de la causa. Es indiscutible que el paisaje costero ha sido modificado. Que la provincia ha realizado obras que colaboraron con retroceder la línea de la costa y acelerando un fenómeno natural por el cual la actora solicita la realización de obras defensivas. Asimismo, el juez detecta criterios políticos “a la hora de determinar la configuración del litoral marítimo”.

Ahora bien, estos criterios políticos aplicados al ordenamiento territorial no son discrecionales, sino que están determinados por la ley 11.723.²¹ Además, tenemos que tener en cuenta que algunas obras realizadas en la costa son anteriores a la sanción de esta Ley, pero muchas obras de contención fueron realizadas en el marco de la declaración de emergencia -de la cual nos ocuparemos en el párrafo posterior- las que debieron ser proyectadas, dentro de una protección ambiental integral. Teniendo en cuenta que estaba en vigencia el plexo normativo que confluye en la protección del ambiente, a partir de la manda del artículo 41 surgido en la reforma Constitucional del año 1994 y las leyes que se dictaron en consecuencia.²²

²¹ Ley 11.723 Del Medio Ambiente. Capítulo III. De los Instrumentos de la Política Ambiental. Del Planeamiento y Ordenamiento Ambiental. Artículo 7º: En la localización de actividades productivas de bienes y/o servicios, en el aprovechamiento de los recursos naturales y en la localización y regulación de los asentamientos humanos deberá tenerse en cuenta: a) La naturaleza y característica de cada bioma; b) La vocación de cada zona o región, en función de sus recursos, la distribución de la población y sus características geo-económicas en general. c) Las alteraciones existentes en los biomas por efecto de los asentamientos humanos, de las actividades económicas o de otras actividades humanas o fenómenos naturales.

Artículo 8º: Lo prescripto en el artículo anterior será aplicable: a) En lo que hace al desarrollo de actividades productivas de bienes y/o servicios y aprovechamiento de recursos naturales: 1) Para la realización de obras públicas. 2) Para las autorizaciones de construcción y operación de plantas o establecimientos industriales, comerciales o de servicios. 3) Para las autorizaciones relativas al uso del suelo para actividades agropecuarias, forestales y primarias en general. 4) Para el financiamiento de actividades mencionadas en el inciso anterior a los efectos de inducir su adecuada localización. 5) Para el otorgamiento de concesiones, autorizaciones o permisos para el uso y aprovechamiento de aguas. 6) Para el otorgamiento de concesiones, permisos y autorizaciones para el aprovechamiento de las especies de flora y fauna silvestre. b) En lo referente a la localización y regulación de los asentamientos humanos: 1) Para la fundación de nuevos centros de población y la determinación de los usos y destinos del suelo urbano y rural. 2) Para los programas del gobierno y su financiamiento destinados a infraestructura, equipamiento urbano y vivienda. 3) Para la determinación de parámetros y normas de diseño, tecnologías de construcción, uso y aprovechamiento de vivienda.

²² art. 41 CN. Ley 25.675, Ley 11.723.

Bajo estos estándares normados en estas leyes se interpreta la ley 12.112²³. Esta ley especial, declara zona de emergencia al partido de Mar Chiquita por el proceso erosivo que sufre el sector. Tengamos en cuenta que la zona estudiada forma parte de este sector protegido especialmente.

En el artículo 2, la ley determina una franja prioritaria, distinta a la evaluada en este trabajo. En consecuencia, las obras realizadas por el Estado provincial en esta zona, corresponden a las citadas por el Juez, calificadas dentro de los criterios políticos por los cuales el Estado puede elegir que “zona proteger y que zona dejar abandonada a la naturaleza” en función de la administración de escasos recursos.

En primer término, no hay controversia sobre la prioridad que establece la ley, pero entendemos que esto significa actuar urgentemente comenzando por la zona prioritaria. En consecuencia, con anterioridad debería desarrollarse un plan integral de protección costera que abarque todo el litoral marítimo del Partido de Mar Chiquita. Tengamos en cuenta que la ley 12.122 fue sancionada en el año 1998, tiempo suficiente para llevar a cabo una protección integral de la costa.

En segundo término, cuando nos referimos a un plan integral, lo hacemos a la luz de las diferentes normas que tienen como objeto la protección del ambiente²⁴ y que establecen un ordenamiento territorial. Este proyecto debería ser resultado de estudios multidisciplinarios que contemplen, en una primera etapa, los trabajos en las zonas prioritarias y, posteriormente, en las demás zonas declaradas en emergencia. Esta evaluación totalizadora, hubiese evitado que las obras realizadas agravaran aún más las zonas adyacentes.

Estos estudios y proyectos están contemplados en la ley 12.122, en el artículo 3; colocando en cabeza del Poder Ejecutivo la ejecución de estudios y proyectos de obra para la solución integral del litoral marítimos de la provincia de Buenos Aires.

²³ Ley 12.122. Emergencia. Partido de Mar Chiquita. Costas del litoral marítimo. Zona de emergencia. Declaración sanc. 04/06/1998; promul. 01/07/1998; publ. 10/07/1998 El Senado y Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires sancionan con fuerza de ley: Art. 1 - Declárese zona de emergencia a las costas de litoral marítimo del Partido de Mar Chiquita afectadas por el fenómeno de erosión marítima. Art. 2 - El Poder Ejecutivo dará prioridad, en los términos de la ley 11340, a aquellas obras destinadas a revertir y/o atenuar, en forma urgente e inmediata, los efectos del fenómeno en cuestión, especialmente en el denominado Balneario Parque Mar Chiquita. Art. 3. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores, el Poder Ejecutivo, a través de los organismos pertinentes, dispondrá la ejecución de estudios y proyectos de obra dirigidos a dar una solución definitiva e integral a este problema en todo el litoral marítimo de la provincia de Buenos Aires. A tal fin, deberá contemplar no sólo los efectos de la erosión marítima sino también el resto de los factores que contribuyen a la degradación geofísica, hídrica y ambiental de la región costera, pudiendo para ello establecer convenios con Universidades y/u otros centros de investigación o estudios especializados en el tema. Art. 4 - Comuníquese, etc. Roma - Ennis - Ferro - López.

²⁴ Normas ya citadas: Ley General del ambiente, 25.675 y Ley ambiental de la Provincia de Buenos Aires 11.723.

En un segmento del fallo, el juez reprocha a la actora por no haberlos solicitados señalando que esto denota la voluntad de no buscar una solución definitiva a todo el litoral marítimo de Buenos Aires. No comprendemos este reproche en una sentencia en la cual se justifica el obrar parcial del Estado provincial y se quiere poner en cabeza de la actora la solución definitiva a la problemática erosiva del litoral marítimo. Asimismo, consideramos que el juez está facultado para solicitar a las autoridades la realización de dichos estudios, sin avasallar facultades del poder ejecutivo.²⁵

La demanda fue rechazada en primera y segunda instancia. La cámara siguió los mismos lineamientos del Juez de grado, considerando que no ha existido inacción por parte del Estado²⁶. De la misma forma, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha fallado en coincidencia, rechazando el recurso de amparo, considerando que “una cosa es reconocer la existencia de un problema ecológico en el entorno y otra distinta es pretender este configura un daño reprochable al estado provincial, si éste se produce por motivos ajenos a su intervención”²⁷.

En resumen, consideramos que en el caso en estudio, no ha existido una solución sistémica y completa a una problemática probada, donde los daños son ciertos y como consecuencia de esta grave situación, el legislador quiso una protección aún mayor, sancionando la ley de emergencia.

²⁵ “...El derecho ambiental requiere una participación activa del juez. Que debe traducirse en un obrar preventivo acorde con la naturaleza de los derechos afectados y en la medida de sus requerimientos, siendo deber del órgano judicial desplegar aquellos medios que resulten necesarios para evitar el daño temido, o bien para neutralizar o disminuir en lo posible las consecuencias lesivas que puedan producirse con su avenimiento...” Averiguación presunta infracción a la Ley 24.051 (Causa 4565) Cámara Federal de San Martín, sala I. 14/06/2005.

Recordemos que Recordemos que la Ley General del Ambiente 25675, faculta a los jueces a tomar medidas extraordinarias dentro de las causas en las cuales se encuentra comprometido el ambiente. En su artículo 32 dispone: “...” El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Asimismo, en su Sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes”.

²⁶ Dice la Cámara:- “...” que sin desconocer que la declaración de emergencia costera acentúa las obligaciones de la Provincia en la materia a la vez que autoriza a la Administración a poner en práctica medios extremos para detener, aminora o en su caso remitir la problemática, no advierto una reprochable pasividad de las autoridades estatales sin por el contrario- tal como lo puntualiza el *a quo*-, luce comprobada la adopción de medidas que, sustentadas en criterios de conveniencia- obras de defensa costera en la localidad de Mar Chiquita y obras de defensa de la red vial que une Santa Clara del Mar con Mar del Plata-, tienen a atacar el fenómeno erosivo y que se encuadran dentro de las denominadas potestades discrecionales de la Administración.”...

²⁷ Cita online: AR/JUR/35280/2016.

VI. Discusión y conclusiones

En base a lo expuesto en el apartado “Dinámica costera e interacciones antrópicas”, podemos concluir que los procesos naturales (tormentas marinas y precipitaciones), han contribuido probablemente en poca proporción al avance del mar sobre el continente en términos relativos con la de las acciones antrópicas. En efecto, consideramos la extracción de arena de playa y la construcción de obras de defensa (escolleras) en Santa Clara del Mar, como factores importantes en la inducción de la erosión costera marina en el sector de Camet Norte.

En base a la documentación obtenida (fotografías aéreas verticales, mapa planialtimétrico, trabajos científicos citados), es lógico prever que de no llevarse adelante obras de defensa, el proceso erosivo continuará a un ritmo semejante al medido. Además, cabe la posibilidad de que ante mareas extraordinarias, en coincidencia con fenómenos de tormenta, la acción erosiva pueda sobrepasar el límite superior del acantilado.

Asimismo, en el apartado “Antecedentes, legislación y jurisprudencia legal”, comenzamos conceptualizando los diferentes términos legales aplicables a esta temática hasta definir “falta de servicio.”

En segundo lugar, habiendo determinado estos términos, estudiamos una causa jurídica que nos permitió vislumbrar la problemática en estudio, analizando la ley de emergencia número 12.112, interpretándola dentro del marco de protección ambiental con rango Constitucional, partiendo del artículo 41 de la Constitución Nacional, la Ley General del ambiente y la Ley 11.723 de la Provincia de Buenos Aires.

Esta zona en estudio, ha sido objeto de desarrollo turístico y económico, del cual se ha beneficiado el sector inmobiliario y el Estado la ha urbanizado, permitiendo el loteo, brindando servicios y cobrando los respectivos impuestos y tasas.²⁸ De esta forma, se debe tener en cuenta que la Ley Nacional de Turismo número 25.997, establece que el turismo debe desarrollarse en

²⁸ Así nos informan (Merlotto et. al 2007:149). en su trabajo, despertó gran interés para diversas empresas urbanizadoras. Las tierras fueron adquiridas por la Compañía General de Tierras, la cual se desempeñaba como urbanista del Instituto Argentino de Urbanismo. Se trazó una diagramación urbana con más de cien manzanas y grandes proyectos complementarios que se realizaron en forma parcial. La fecha de fundación de la localidad es el 16 de junio de 1949 ya que fue el día que comenzó el primer loteo (Azzanesi, 2004), luego de aprobarse el plano por Decreto N° 28.750 por la Dirección de Geodesia de la Provincia de Buenos Aires. A partir del proyecto de fundar un balneario de gran atracción turística, se realizaron diversos remates ofreciendo numerosas ventajas a los compradores y estableciendo condiciones, sobre el tipo de construcción y materiales permitidos. Sin embargo, el proceso de ocupación fue pausado hasta los años setenta y luego sufrió un gran crecimiento productivo, entre otros factores, del auge del turismo interno y de la pavimentación de la Ruta Provincial N° 11 que lo vinculó con Mar del Plata. “En todo el período histórico analizado el área de estudio experimentó la pérdida de 444 lotes ubicados en su franja costera y 7 viviendas, totalizando 451 propiedades desaparecidas por el retroceso de la línea de costa. La superficie pérdida total para el año 2007, incluyendo las calles y las dos manzanas del plano original que no fueron loteadas, fue de 64,36 hectáreas.”

armonía con los recursos naturales y culturales para garantizar sus beneficios a las futuras generaciones, teniendo en cuenta tanto al ambiente, como a la sociedad y economía.

Si bien el juez rechaza la demanda, consideramos que el Estado tiene la obligación de proteger la costa de Mar Chiquita. Esta obligación no forma parte de sus facultades discrecionales, sino que surgen de una manda legal general,²⁹ a la cual ya hemos hecho referencia, y a una norma particular,³⁰ que determina la protección de esa zona y la realización de estudios ambientales completos para determinar una manera integral la realización de obras.

Los estudios deberán contemplar un diagnóstico que determine la interacción sinérgica y diacrónica, establezca objetivos, zonas prioritarias, defina las obras necesarias y el monitoreo de los resultados y del estado ambiental de la costa.

Nos parece adecuado para esta zona, la realización de EAE (Evaluación Ambiental Estratégica),³¹ que tenga en cuenta los aspectos ambientales, sociales y económicos. Esta herramienta es fundamental para la realización de obras en las costas bonaerenses, ya que toda intervención afecta a varios sectores.

Asimismo, es un instrumento para aquellas obras que se realicen inter - municipio, con el objeto de un cambio de políticas en la gestión de las zonas costeras, que permitirá la elaboración de estrategias a largo plazo, aplicables no sólo a Mar Chiquita, sino a la totalidad de la costa de la Provincia de Buenos Aires. Es decir, de manera global, repensarlas para alcanzar la concertación entre los diferentes estamentos estatales, teniendo en cuenta las características propias de cada municipio, en una costa que esta interrelacionada y que necesita una gestión integral.

²⁹ Art. 41 CN, Ley General del Ambiente. Art. 28 Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Ley 11.723.

³⁰ Ley de emergencia 12.112.

³¹ La Evaluación Ambiental Estratégica (Cuyas Palazón 2007:196). lo define como “un procedimiento administrativo establecido en o para la aprobación de los planes, programas, políticas o actos legislativos con incidencia sobre el medio ambiente, con el fin de analizar ambientalmente el ámbito o sector objeto de ordenación así como las propuestas y sus eventuales efectos, siendo el acto administrativo que ponga fin al mismo de trámite o definitivo, de naturaleza discrecional, de imperativa observancia, de obligada información y consulta públicas e inserción en el acto de aprobación”.

Esta evaluación se diferencia a la Evaluación de Impacto Ambiental que norma la Ley General del Ambiente (Esain 2006:179). Tienen un punto en común que es aplicar el principio de prevención en todas las actividades realizadas por el hombre que puedan modificar negativamente al ambiente, pero se diferencian, en que el Estudio de Impacto Ambiental es más acotado, se utiliza ante un proyecto concreto, tanto público o privado, y el resultado de aprobación es para ese caso concreto. En cambio la Evaluación Ambiental Estratégica, permite una valoración integral de un plan, que no solo tiene en cuenta los aspectos ambientales, sino los sociales, económicos y territoriales y que va más allá de un plan urbanístico o territorial, sino significa un cambio en la política ambiental y urbanística de una ciudad. En la Argentina la Corte Suprema de la Nación en la causa Salas, aplicando el principio precautorio (art. 4- Ley 25.675); exige la evaluación de impacto ambiental estratégico, figura nueva para este ordenamiento jurídico, contemplada solamente en la Ley de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del ambiente Periglaciario (26.639). Causa: “Salas Dino y otros c/ Provincia de Salta y otros” 26-05-2009.

Referencias bibliográficas:

- ALVAREZ, J. (2006) Peritaje Carrizo María Ester c/ Ministerio de Obras y Servicios Públicos y Otros s/ Pretensión Indemnizatoria. Juzgado Contencioso Administrativo N° 2 de la ciudad de Mar del Plata.
- BERTOLA, G. R. (2006) "Morfodinámica de Playas del Sudeste de la Provincia De Buenos Aires (1983 A 2004)". En *Latin American Journal of Sedimentology and basin Analysis (C)* Asociación Argentina de Sedimentología, 2006, VOL. 13 (1), 31-57. Sitio web: <http://www.scielo.org.ar/pdf/lajsba/v13n1/v13n1a02.pdf> [Consulta: 20/01/2016]
- BIDEGAIN, J. y otros (2005) "Geología y registros magnéticos entre los arroyos La Tapera y Santa Clara del Mar, Mar del Plata". En *Revista de la Asociación Geológica Argentina*, Buenos Aires, 2005, 60 (3): 599- 604.
- BUNICONTRO, M. y otros (2013) "Zonificación de la erosión costera en la localidad de Santa clara del Mar, provincia de buenos Aires". En *Revista de Geología Aplicada a la Ingeniería y el Ambiente ASAGAI*, Buenos Aires, (2013) n° 31, pp. 1-15.
- CIONCHI, J.L. y otros (1993). "El efecto antrópico en el retroceso de la línea de costa del partido de General Pueyrredón (Provincia de Buenos Aires)". En XII Congreso Geológico Argentino y II Congreso de Exploración de Hidrocarburos, Mendoza, 10 al 15 de octubre de 1993, actas Tomo VI, 318-322.
- CUYÁS PALAZÓN, M. (2007) *Urbanismo Ambiental y Evaluación Estratégica*. Universitat de Girona.
- ESAIN, J. (2005) "Evaluación de Impacto Ambiental y Medida Autosatisfactiva". En *Derecho Ambiental. Su actualidad de cara al tercer milenio*, pp. 176-287, Mar del Plata: EDIAR
- FERNÁNDEZ, J.M, y otros, (2014) "Transporte litoral de sedimentos y evolución de la línea de costa del Partido de Mar Chiquita, Pcia. de Buenos Aires." En XIV Reunión Argentina de Sedimentología – RAS. Puerto Madryn. Argentina. 1 al 5 de Septiembre de 2014.
- FERNÁNDEZ, J.M. y. otros (2015). "Ambiente costero y urbanización del Partido de Mar Chiquita, Provincia de Buenos Aires." En IV Jornadas del Programa de Posgrado del Departamento de Geografía y Turismo. III Jornadas Nacionales de Posgrado en Geografía. II Jornadas Internacionales de Posgrado en Geografía. Bahía Blanca. 14 y 15 de Mayo de 2015.
- FERNÁNDEZ, J.M y otros (2015) "Aplicación del Índice de Vulnerabilidad Costera (CVI) a los barrios costeros del Partido de Mar Chiquita." En Primeras Jornadas Bonaerenses sobre

- Conservación de Ambientes y Patrimonio Costero. Monte Hermoso. 1, 2 y 3 de Octubre de 2015.
- FIDALGO, F. (1973) "Geología superficial en las Hojas Castelli. J. M, Cobo y Monasterio (provincia de Buenos Aires". En 5° COT; 1 Congreso Geológico Argentino, Actas 4: 27-39, Buenos Aires).
- HUTCHINSON, T. (2009) "Los Daños al Ambiente y el Derecho Administrativo". En *Revista de Derecho Público, Derecho Ambiental I*. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2009, 131-174.
- HUTCHINSON, T. (2011) "Responsabilidad pública ambiental". En *Daño Ambiental*, tomo 1. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2011, 213-593.
- LORENZETTI, R. (2014)" Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación". En *Suplemento La Ley*, BUENOS Aires. 22 de octubre 2014.
- MARCOMINI, S. y otros (2007) "Uso de la morfología costera como geoindicador de susceptibilidad a la erosión en costas cohesivas". En *Revista de la Asociación Geológica Argentina*, 2007, 62 (3): 396-404.
- MARTINEZ, G.(1988) "Geomorfología y geología del Cenozoico Superior de las cuencas de los arroyos Los Cueros y Seco, vertiente nororiental de las Sierras Septentrionales". En *Unpublished Report*, Buenos Aires, 48 pp.
- OSTERRIETH, M.y otros (1993). "Paleosols on Late Cainozoic Sequences in the Northeastern side of Tandilia Range, Buenos Aires, Argentina". En *Quaternary International, International Union for Quaternary Research*, Vol. XVII, 57- 65.
- MERLOTTO, A. y otro, (2007)"Consecuencias socio- economicas asociadas a la erosión costera en el balneario Parque Mar Chiquita, Argentina." En *Investigaciones Geográficas, Instituto Universitario de Geografía Universidad de Alicante*. Nº 43 (2007) 143-160.
- MERLOTTO A. y otro (2008) "Evolución Urbana y su Influencia en la Erosión Costera en el Balneario Parque Mar Chiquita, Argentina". En *Papeles de Geografía*, Universidad de Murcia España, 47-48; enero – diciembre, 2008,143-158.
- SABYSAY, D.(2003)" Constitución y ambiente en el marco del desarrollo sustentable" (Capítulo actualizado en junio de 2003 del libro *Ambiente, Derecho y Sustentabilidad*. Walsh, J. R.; Di Paola, M. E.; González Acosta, G.; López, H.; Rovere, M. B.; Ryan, D. E.; Sabsay, D. A.. La Ley, septiembre 2000, pp. 67- 82).
- SAFI,L. K (2012). "El amparo ambiental" Abeledo Perrot, Buenos Aires.

- SCHNACK, E. (1982). The evolution of Mar Chiquita lagoon coast, Buenos Aires province, Argentina. En *Colquhoun*, D.J. (ed.) *Holocene Sea Level Fluctuations. Magnitude and Causes*. (pp. 143-155), Columbia, IGCP-INQUA.
- SCHNACK, E. y otros (1983) "El carácter erosivo de la línea de costa entre Mar Chiquita y Miramar, provincia de Buenos Aires" Simposio: Oscilaciones del nivel del mar durante el último hemicycleo deglacial en la Argentina, Mar del Plata, Actas: 118-130.
- SOIL SURVEY STAFF, (1975): A Basic System of Soil Classification for Making and Interpreting Soil Surveys U.S. Dep. Agric. Handbook, 436. 754. E.E.U.U.
- VEGA, S. y otro. (2008) "La falta de servicio: un paso adelante en el análisis de su determinación. Reflexiones en torno al caso Mosca". En *Responsabilidad del Estado*, Rubinzal- Culzoni, 301-320, Buenos Aires.

AGUA COMO BIEN COMÚN DESDE UNA PERSPECTIVA CRÍTICA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Por Javier I. Echaide

Recibido: 13 /03/2017

Aceptado: 15/05/2017

RESUMEN:

El presente artículo desarrolla una serie de tesis respecto del agua como bien común y de la noción de bienes comunes en general, desde un punto de vista crítico al análisis económico del derecho más ortodoxo que entiende que la privatización es la única salida posible ante el inevitable agotamiento y dilapidación de los bienes comunes. Para ello, se hace un acercamiento al concepto de propiedad y a sus dos modos en que se ha dado: propiedad por vía del trabajo o propiedad por vía del despojo, lo cual genera las primeras desigualdades sociales. También se toma el ejemplo de la regla de la primera posesión y se reflexiona acerca del debate sobre si la propiedad comunal es equivalente a una ausencia de propiedad. Nos extenderemos en establecer las principales características de la clasificación económica de los bienes según la aplicación de dos principios básicos analizados: el principio de competencia y el principio de exclusión. Seguido, se analiza la situación de los bienes comunes y se toma como punto crítico el célebre artículo del biólogo Garrett Hardin en 1968 publicado por la revista Science bajo el título "*La Tragedia de los Comunes*". Por último, se polemiza acerca de la ausencia de la noción de justicia en ciertos análisis de esquemas normativos, para finalmente llegar a nuestras conclusiones.

PALABRAS CLAVE:

Agua- Bienes Comunes- Derecho de Propiedad- Análisis Económico del Derecho.

WATER AS A COMMON GOOD FROM A CRITICAL PERSPECTIVE OF LAW AND ECONOMICS

By Javier I. Echaide

ABSTRACT:

The present article develops a series of theses about water as a common good and from the notion of common property in general from a critical point of view of orthodox of Law and Economics that understands that privatization is the only possible way out of the inevitable exhaustion and dilapidation of the commons. To do this, we approach the concept of property rights and the ways in which it has been given: property through work or property through the dispossession, which generates the first social inequalities. It also takes the example of the rule of first possession and reflects the debate if communal property is equivalent to an absence of property. We will extend the main characteristics of the economic classification of goods according to the application of the basic principles analyzed: the principle of competition and the principle of exclusion. The situation of common goods is then analyzed and we take the well-known Garret Hardin's article titled "The Tragedy of the Commons" published by Science magazine in 1968 from a critical point of view. Finally, there is a debate about the absence of the notion of justice in certain analyzes of normative schemes, in order to arrive at our conclusions.

KEY WORDS:

Water- Common Goods- Property Rights- Law and Economics.

EL AGUA COMO BIEN COMÚN DESDE UNA PERSPECTIVA CRÍTICA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Por Javier I. Echaide

I. Introducción:

Hoy resulta común la referencia a la “crisis del agua”. Se trata de un elemento natural aparentemente abundante y absolutamente necesario para garantizar la vida en nuestro planeta. Pero también es un elemento finito: sus fuentes no son inagotables y su sobreexplotación ha puesto en jaque la posibilidad de que el ciclo natural del agua pueda darse de modo de recargar las fuentes en tiempo, cantidad y calidad suficientes como para permitir su goce en tales condiciones. El aumento poblacional también ha sido un factor importante para hacer peligrar este delicado equilibrio. Pero es nuestro comportamiento como especie lo que más ha afectado la posibilidad de su libre goce, como desde milenios se había hecho en diversas culturas, pues limitar ese disfrute implicaba también tener un derecho de vida o de muerte sobre otros.

Ello nos acerca al agua no solamente como un bien natural sino además como un *bien jurídico* el cual hay que proteger y sobre el que pesan derechos. Y al hablar de derechos sobre un bien, es ineludible relacionarlo con el derecho de propiedad.

Sin embargo, cuando al parecer relacionamos los derechos de propiedad con una *crisis*, inmediatamente surge como solución posible la apropiación privada como forma para resolverla. Nuestra asociación común frente a algo que escasea es inmediatamente privatizarlo. Ello implica la posibilidad de excluir a otros del uso y goce del bien: lo estamos “protegiendo” de esos otros para conservarlo para nosotros mismos, pero al mismo tiempo los excluimos definitivamente de ese goce, a menos que paguen un precio por ello, claro.

En tanto la aplicación de derechos de propiedad es en definitiva limitar el libre disfrute de un bien como el agua, significa también la posibilidad de aplicar precios para su acceso, lo que torna a una discusión que en un inicio se plantea como jurídica y basada en *derechos* en un debate económico basada en la capacidad de compra. Y es allí donde el tema se torna delicado, pues los precios de transferencia sobre un bien tan indispensable pueden condicionar la vida de quien no tiene la posibilidad de pagarlos.

El presente artículo desarrolla una serie de tesis respecto del agua como bien común y de la noción de bienes comunes en general, desde un punto de vista crítico al análisis económico del derecho más ortodoxo que entiende que es la privatización la única salida posible ante el inevitable agotamiento y dilapidación de los bienes comunes. Para ello, se hace un acercamiento al concepto de propiedad y a sus dos modos en que se ha dado: propiedad por vía del trabajo o propiedad por vía del despojo, lo cual genera las primeras desigualdades sociales.

También se toma aquí el ejemplo de la regla de la primera posesión y se reflexiona acerca del debate sobre la propiedad comunal y si ella resulta equivalente a una ausencia de propiedad. Nos extenderemos en establecer las principales características de la clasificación económica de los bienes según la aplicación de dos principios básicos analizados: el principio de competencia y el principio de exclusión. Seguido, se analiza la situación de los bienes comunes y se toma como punto crítico el célebre artículo del biólogo Garrett Hardin en 1968 publicado por la revista Science bajo el título “*La Tragedia de los Comunes*”, citado repetidamente en este tipo de trabajos. Por último, se polemiza acerca de la ausencia de la noción de justicia en ciertos análisis de esquemas normativos, para finalmente llegar a nuestras conclusiones.

II. Dos modos de desarrollo de la propiedad

En su clasificación sobre los bienes, los romanos consideraban que solamente los bienes privados podían ser objeto de los intercambios comerciales (*res in commercio*), mientras que, por el contrario, entendían que la mayor parte de las demás clasificaciones se hallaban por fuera de lo mercantil (*res extra commercium*), ya fuese porque se trataba de un bien relacionado a alguna cuestión religiosa (*res divini iuris*¹) o porque se lo consideraba como un bien relacionado con algún aspecto del patrimonio común. Era entendido así debido a que para poder gozar libremente de los bienes y de su disposición debía cumplirse un requisito previo que era la completa propiedad del bien (Gordillo, 2006, p.11), y dicha propiedad no resultaba tal si era compartida con la comunidad o si se encontraba limitada por los fines más altos a los que el bien era dedicado –en el caso de los bienes religiosos-. La libre disposición sólo era compatible, por ende, con los bienes que eran excluidos del ánimo propietario de otros individuos (principio de exclusión).

¹ Estos a su vez podían subdividirse en cosas sagradas o consagradas al culto (*res sacrae*) como ser los templos, altares o terrenos dedicados a ello, los objetos religiosos (*res religiosae*) como los monumentos unidos a los sepulcros, y las cosas no del todo sagradas pero que de todas maneras gozaban de cierto estatus venerable (*res sanctae*) como ser las puertas de las ciudades o sus muros.

Obsérvese que los bienes más esenciales para la vida y la realización humanas –el aire, el agua, la tierra en su conjunto, el saber, aquellos bienes dedicados a la espiritualidad inclusive- eran vistos como algo no comercializable pues no podían ser poseídos por *uno* sino que eran gozados por *toda* la comunidad. Así, por ejemplo, un solo hombre no podía ser el dueño de todo el conocimiento, dado que se lo entendía como algo generado culturalmente por toda la sociedad, por lo que la cultura no podía ser patrimonio de *alguien* en particular.

Al contrario de lo que pueda suponerse, los bienes comunes –incluyendo el espacio exterior, la Antártida, los océanos, etc.- ocupan actualmente el 70% de la superficie terrestre (como se cita en Gordillo, 2006, p.11). Pero nuestro prejuicio, así como nuestro acercamiento al binomio “crisis” y “agua”, tiene un motivo y un origen. Desde hace unos 400 o 500 años el desarrollo del capitalismo se basó en la expansión de un tipo específico de propiedad: la propiedad privada, que aunque sí podemos reconocerla como la forma dominante, no es la única forma de propiedad.

Casi todos los autores clásicos del liberalismo político coinciden en que el establecimiento de la propiedad –en cualquiera de sus formas- es el acto político, jurídico y económico con el que se funda la sociedad civil y con la que se diferencia la situación del hombre del estado de naturaleza en el que previamente se encontraba. Paralelamente se tornó necesario establecer una figura ideal que sirviera de intermediación entre las relaciones entre los particulares apropiadores ante cualquier conflicto: el Estado, encargado en determinar y regular de quién es cada cosa. De este modo, el establecimiento de la propiedad y del Estado son los hechos jurídico-políticos fundantes de la sociedad civilizada y dicha fundación se basa en un acuerdo de voluntades entre los individuos que conforman dicha sociedad: el “contrato social” (Rousseau, 1985, pp. 40-43).

La decisión de establecer un tipo determinado de propiedad (la propiedad privada) como forma dominante de propiedad social es lo que caracteriza a la sociedad y al sistema que ella establece, cómo se desenvuelve y, sobre todo, cómo se reproduce para persistir en el tiempo. Desde Locke hasta Marx, pasando por Rousseau, Proudhon, Adam Smith, Saint Simón, etc., todos vieron que el sistema social establecido bajo el signo de la propiedad privada marcaba una distancia enorme de desarrollo respecto del estado de naturaleza o de las sociedades antiguas. Como dijo John Locke en 1689:

“Aunque la tierra y todas las criaturas inferiores sirvan en común a todos los hombres, no es menos cierto que cada hombre tiene la propiedad de su propia persona. Nadie, fuera de él mismo, tiene derecho alguno sobre ella. Podemos también afirmar que el

esfuerzo de su cuerpo y la obra de sus manos son también verdaderamente suyos. Por eso, siempre que alguien saca alguna cosa del estado en que la Naturaleza la produjo y la dejó, ha puesto en esa cosa algo de su esfuerzo, le ha agregado algo que es propio suyo; y por ello, la ha convertido en propiedad suya” (Locke, 2010, p. 36).

“Así, pues, en las épocas primeras, el trabajo creaba el derecho de propiedad, siempre que alguien gustaba de aplicarlo a bienes que eran comunes. Esa clase de bienes constituyó durante largo tiempo la categoría más importante, y quedan todavía en cantidad superior a la que el género humano puede utilizar” (Locke, 2010, p. 48.).

La noción de propiedad está relacionada directamente al trabajo. Esa es la propiedad (privada) “naturalmente establecida”. La apropiación, es decir aquella en la que uno toma para sí un objeto que no pertenecía a nadie pero que no ha puesto sobre él ningún aditamento, es una apropiación no justificada más que *de facto* y por la cual se excluye a otros de la posibilidad de poseer, no obstante se encuentren en la misma situación que el apropiador: ninguno ha puesto su trabajo sobre el bien como para justificar una mejora del mismo que atribuya un cuidado, una labor, un *animus* de poseer la cosa. Siguiendo al propio Locke:

“El animal pertenece al que puso su trabajo en cazarlo, aunque antes perteneciese a todos por derecho común. Esta ley primitiva de la Naturaleza, mediante la cual empieza a darse la propiedad en lo que antes era común, sigue rigiendo todavía entre quienes forman la parte civilizada del mundo. Por virtud de esa ley, los peces que uno pesca en el mar, que todavía sigue siendo un inmenso bien común del género humano, y el ámbar gris, que uno extrae mediante su trabajo sacándolo del estado común en que lo dejó la Naturaleza, son propiedad de quien realiza los esfuerzos necesarios. Incluso entre nosotros, la liebre que se cobra durante una cacería reputase como propiedad de quien la persiguió. Siendo un animal que está considerado como común, sin que sea propiedad de nadie en particular, quien dedica a un ejemplar de esa clase el esfuerzo necesario para desencamarla y perseguirla, la saca con ello del estado de Naturaleza en que era común a todos, y ha iniciado con ello su conversión en una propiedad” (Locke, 2010, p. 37-38).

El advenimiento de esa propiedad privada implica entonces una exclusión de hecho, es decir una desposesión, un despojo para los demás congéneres que, previo a dicha apropiación, podían estar en igualdad de condiciones para gozar de ese bien. Anteriormente a dicho acto, en consecuencia, los bienes en general resultan comunes a todos debido a esa condición de igualdad

entre todos los hombres, pues nadie poseía ninguna característica particular que le diese prioridad o derecho especial alguno por sobre los demás para poseer determinado bien.

De esta manera, la propiedad privada no es “natural”, y está justificada sea por el trabajo o por el despojo. Este tipo específico de propiedad no solamente significó un salto cualitativo en el desarrollo social, sino que también fijó un germen de desigualdad entre sus miembros, entre quienes poseen y quiénes no. Quizás Rousseau haya sido el primero en observarlo, allá por 1754: “El primero al que, tras haber cercado un terreno, se le ocurrió decir ‘esto es mío’ y encontró personas lo bastante simples para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil.” (Rousseau, 2007, p. 81).

Y continúa: “Dedúcese de lo expuesto que, siendo la desigualdad casi nula en el estado de naturaleza, saca su fuerza y acrecentamiento del desarrollo de nuestras facultades y del progreso del espíritu humano, llegando por fin a ser permanente y legítima por la constitución de la propiedad y de las leyes” (Rousseau, 2007, p. 113).

Al ser la propiedad un instituto socialmente establecido como regla esencial, es una *norma* en el estricto sentido jurídico. Por ende, la base constitutiva de la sociedad civil es una norma jurídica establecida socialmente mediante un acuerdo, un contrato, que también es otro instituto legal. El derecho es, entonces, el ineludible punto de partida para fijar las reglas de propiedad y, consecuentemente, la constitución del mercado y las reglas para el comercio (Stordeur, 2011, p. 156). La posibilidad de privar a otros de la propiedad es precisamente lo que permite las transacciones vía precios y, por ende, el intercambio. Al generarse dicho intercambio se crea el mercado y las relaciones comerciales. El rol, entonces, que ocupa el derecho como disciplina es el de fijar las reglas de juego para una determinada sociedad, pero esas reglas no son ni universales ni atemporales: poseen un anclaje histórico y geográfico que constituye la base material para que una sociedad se fije a sí misma de tales o cuales reglas y no de otras.

Otros tipos de propiedad, como la comunal, no generan derechos de exclusión sobre otros, por lo que las transacciones no tienen una razón de ser ya que todos los miembros de esa sociedad tienen acceso a los bienes comunales. Por ende el comercio y el mercado no existen, no por prohibición, sino por carecer de sentido. Este punto lo retomaremos más adelante.

III. El origen de la desigualdad y la regla de la primera posesión

Para Rousseau el origen de la desigualdad entre los hombres está dada en la propiedad privada y en el derecho, como institución que la sostiene y legitima. Ello es así en tanto dicho tipo de propiedad priva a algunos y beneficia a otros, diferenciando a la sociedad entre poseedores y desposeídos. Es la característica que marca a nuestra sociedad occidental actual.

La noción de la propiedad por vía del trabajo o por desposesión es una constante. Adam Smith escribió en 1776:

“La propiedad que el hombre tiene en su propio trabajo es la base fundamental de todas las demás propiedades, y por lo mismo debe ser el derecho más sagrado e inviolable en la sociedad. Todo el patrimonio del pobre consiste en la fuerza y destreza de sus manos, y estorbarle que emplee su destreza y sus fuerzas del modo que le parezca más a propósito, sin injuria del prójimo, es una violación manifiesta de un derecho tan incontestable” (Smith, 1983, pp. 177-178).

En términos similares, aunque más duros, Joseph-Pierre Proudhon en 1840 sostuvo que:

“Si tuviera que contestar a la siguiente pregunta: ¿Qué es la esclavitud?, y respondiese en pocas palabras es el asesinato, mi pensamiento sería comprendido de inmediato. No necesitaría, ciertamente, grandes razonamientos para demostrar que la facultad de quitar al hombre el pensamiento, la voluntad, la personalidad, es un derecho de vida y muerte, y que hacer esclavo a un hombre es asesinarlo. Por qué razón, sin embargo, no puedo contestar a la pregunta: ¿Qué es la propiedad?, diciendo concretamente es el robo” (Proudhon, 1984, p. 29).

Ese despojo es lo que podemos interpretar como el “robo” al que se refería Proudhon. Pero tal desposesión no debe ser entendida como algo pacífico. Su contemporáneo Karl Marx, de hecho, subrayaba el carácter violento de dicho proceso de apropiación originaria. Así, en su principal tratado, “El Capital” (1867), escribió:

“Todo este proceso parece moverse dentro de un círculo vicioso, del que sólo podemos salir dando por supuesta una acumulación ‘originaria’ anterior a la acumulación capitalista (‘previous accumulation’, la denomina Adam Smith); una acumulación que no es resultado, sino punto de partida del régimen capitalista de producción.”

“Tan pronto como se plantea el problema de la propiedad, se convierte en un deber sacrosanto abrazar el punto de vista de la cartilla infantil, (...). Sabido es que en la historia real desempeñan un gran papel la conquista, la esclavización, el robo y el

asesinato; la violencia, en una palabra. En la dulce economía política, por el contrario, ha reinado siempre el idilio. Las únicas fuentes de riqueza han sido desde el primer momento la ley y el “trabajo” (...). Pero, en la realidad, los métodos de la acumulación originaria fueron cualquier cosa menos idílicos.”

“Por tanto, el proceso que engendra el capitalismo sólo puede ser uno: el proceso de disociación entre el obrero y la propiedad sobre las condiciones de su trabajo, proceso que de una parte convierte en capital los medios sociales de vida y de producción, mientras de otra parte convierte a los productores directos en obreros asalariados. La llamada acumulación originaria no es, pues, más que el proceso histórico de disociación entre el productor y los medios de producción. Se llama ‘originaria’ porque forma la prehistoria del capital y del régimen capitalista de producción” (Marx, 1999, pp. 607-608).

Es un error entender que la acumulación originaria *fue* un hecho histórico, pues es un proceso constante de incorporación de bienes comunales al ámbito de los bienes privados y, por ende, de las relaciones sociales mercantiles. De esta manera, un bien común puede ser vendido y comprado en el mercado porque simplemente ha dejado de serlo. La apropiación por despojo es la forma más simple y usual en que un bien común es convertido en un bien privado, es decir que es apropiado individualmente por alguien que lo hace para sí y para nadie más. De tal modo, dicha *privatización* no es un suceso aislado que ocurrió en un pasado histórico sino que es un proceso constante de expansión de las relaciones sociales mercantiles sobre bienes que, previamente, no estaban incluidos en ellas (Echaide, 2013, pp. 73-76).²

Esta “acumulación originaria” (Marx), “acumulación previa” (Smith), o la “primera posesión” (Locke) es entonces la desposesión realizada por un individuo hacia sus pares comuneros al excluirlos de la posesión de un bien y reservárselo solamente para sí. Para Marx dicha situación de despojo es una situación necesariamente violenta o compulsiva: es razonable que los demás

² Uno de los principales autores que actualmente sostienen la teoría de la *acumulación por desposesión* es el geógrafo británico David Harvey quien la define como el uso de métodos de la acumulación originaria para mantener el sistema capitalista hoy, mercantilizando ámbitos hasta entonces cerrados al mercado. Para el marxismo clásico, mientras que la acumulación originaria supuso la implantación de un nuevo sistema al desplazar al feudalismo, la acumulación por desposesión tiene por objetivo garantizar la supervivencia del capitalismo. Para Harvey, el término define los cambios neoliberales producidos en los países occidentales desde los años 1970 hasta la actualidad y que estarían guiados por cuatro prácticas, principalmente: la privatización, la financierización, la gestión y manipulación de las crisis, y las redistribuciones estatales de la renta. Tales cambios se manifiestan, por ejemplo, mediante la privatización de empresas y servicios públicos, que tienen su raíz en la privatización de la propiedad comunal. Ver: <http://www.biblioteca.clacso.edu.ar/gsd/collect/clacso/index/assoc/D8555.dir/harvey.pdf> [Consulta: 22/04/2017].

comuneros se sientan estafados y actúen queriendo defenderse, o se hayan visto forzados a tener que aceptar las nuevas reglas de juego no por una forma *de iure* sino *de facto*, pero que posteriormente se legitimaron por vía legal e incluso utilizaron a la propia ley como forma de ejercicio de ese desapoderamiento:

“Los bienes comunales –completamente distintos de los bienes de dominio público, a que acabamos de referirnos- eran una institución de origen germánico, que se mantenía en vigor bajo el manto del feudalismo. Hemos visto que la usurpación violenta de estos bienes, acompañada casi siempre por la transformación de las tierras de labor en terrenos de pastos, comienza a fines del siglo XV y prosigue a lo largo del siglo XVI. Sin embargo, en aquellos tiempos este proceso revestía la forma de una serie de actos individuales de violencia, (...). El progreso aportado por el siglo XVIII consiste en que ahora la propia ley se convierte en el vehículo de esta depredación de los bienes del pueblo, (...). La forma parlamentaria que reviste este despojo es los Bills for Inclosures of Commons (leyes sobre el cercado de terrenos comunales); dicho en otros términos, decretos por medio de los cuales los terratenientes se regalaban a sí mismos en propiedad privada las tierras del pueblo, decretos encaminados a expropiar al pueblo de lo suyo. (...)”

“El despojo de los bienes del dominio público, y sobre todo la depredación sistemática de los terrenos comunales, ayudaron a incrementar esas grandes posesiones que se conocían en el siglo XVIII con los nombres de haciendas capitalistas y haciendas de comerciantes, y que dejaron a la población campesina ‘disponible’ como proletario al servicio de la industria” (Marx, 1999, pp. 616-617. Resaltados en el original).

Para Marx la acumulación originaria cumplió un doble propósito: mientras que incorporó bienes comunales a las relaciones mercantiles mediante su transformación en bienes privados, también desapoderó a los comuneros de sus tierras y pequeñas propiedades dejándolos a merced de su arrendamiento como mano de obra de la incipiente industria de las ciudades. Ello motivó nuevas oleadas migratorias de los campos a los burgos, que acrecentaron su población y comenzaron a moldear una nueva forma de sociedad de masas con la formación de la clase trabajadora.

Marx habla de ese momento histórico como testigo del fenómeno del nacimiento del capitalismo, pero menciona a la acumulación originaria como un *proceso* que, entendemos nosotros, puede darse de manera continua a fin de incrementar los recursos disponibles para ampliar el

proceso de acumulación al margen de lo que lo hace la acumulación de plusvalía, como también provoca la expansión de las relaciones sociales capitalistas.

Por supuesto que aquí los argumentos se separan del resto de los autores liberales, que generalmente dan por sentado que la instalación del régimen privado de propiedad es una forma aceptada racionalmente y consentida de manera pacífica, pues ellos sostienen que la comunidad evidencia que es una “mejor forma de propiedad” en tanto ofrece mayores incentivos para la conservación de los bienes. Desde las escuelas más ortodoxas del análisis económico del derecho (en adelante, AED) –esencialmente centradas en torno al pensamiento de Milton Friedman y la Escuela de Chicago- se entiende que tal apropiación se da en términos de una ausencia de propiedad previa (por ello es que continúan con la visión más lockeana del concepto y la denominan “regla de la *primera* posesión”) (Cooter y Ulen, 1998, p. 102), y como una condición necesaria –mas no suficiente- para el uso eficiente de los recursos. Para ello, los bienes *deben* ser transferibles, algo sólo posible mediante la creación de derechos exclusivos sobre tales bienes (Posner, 1998, p. 39).

IV. La propiedad común versus la ausencia de propiedad: ¿un problema de escala?

Ciertamente que el establecimiento de la propiedad privada genera la aplicación de un derecho de exclusión, lo cual implica una desposesión si previamente se trataban de bienes comunes. En este sentido, el AED tiene una interesante aproximación respecto de qué es la propiedad. El derecho entiende como propiedad a la relación de un sujeto con un objeto, y es una relación directa sobre el bien, una relación “real”. Para el AED, sin embargo, la propiedad no es una relación sujeto-objeto sino una relación social: se da únicamente entre sujetos, y son derechos vistos como un conjunto de facultades de actuación (uso, transformación, transferencia o exclusión) respecto de terceros (Stordeur, 2011, p. 146) y que no resultan inmutables en el tiempo. La propiedad crea una “zona de privacidad” en la que los sujetos pueden ejercer su voluntad sobre las cosas sin tener que responder frente a otros (Cooter y Ulen, 1998, p. 104).

Ello crea una gama de sutilezas muy poco consideradas por la dogmática del derecho. Entonces, cuando se habla de propiedad *privada*, su significado se explicita en el concepto mismo: se trata de la aplicación de derechos de privación (exclusión) de un sujeto hacia otros en referencia a un bien. El objeto sigue siendo el mismo, lo que cambia es la relación existente entre los sujetos del entorno: uno –el propietario- tendrá una esfera de libertad sobre el bien para hacer lo que desee

y gozará de herramientas legales para justificar y rechazar los intentos de otros de querer interferir con dichos derechos y de pretender disponer de ese objeto (Stordeur, 2011, pp. 146-147, Cooter y Ulen, 1998, p. 104).

El cambio de las relaciones atribuidas sobre un bien al momento de quitarlo del estado de naturaleza y mediante el cual se le colocan derechos de exclusión hacia terceros, implica una privatización de ese bien. Tal es, como dijimos, lo que el propio Locke denominara la “regla de la primera posesión” o del “primer ocupante”: la apropiación por desposesión.

Resulta claro que los bienes están dispuestos en la naturaleza sin una etiqueta que diga quién es el propietario. Si alguien lo necesita, lo toma, quitándolo así de ese estado natural en donde no media la propiedad de nadie. Aquí pueden darse dos opciones: que un solo individuo decida hacerse de un bien, o que sea la comunidad la que, observando de la misma forma la necesidad de utilizar ese bien, la toma para su provecho. Las consecuencias de una u otra opción son totalmente distintas: en la primera el resultado será el advenimiento de un régimen de propiedad privada mientras que en la segunda será el de propiedad comunitaria.

No todos los autores coinciden –incluso desde el AED- en que la regla de la primera posesión se dé individualmente (Cooter y Ulen, 1998, p. 102),³ pues algunos sostienen que puede ser comunitaria (Stordeur, 2011, p. 149).⁴ Tampoco hay consenso en cuanto a que la propiedad comunitaria sea equivalente a una ausencia de propiedad. Para autores como Aguilera Klink (2006, p. 120), la ausencia de propiedad es algo distinto de la propiedad común.

Quizás exista un problema de escala en lo que se refiere al término “comunidad”: si la comunidad que imaginamos es un grupo más o menos pequeño de personas –como podía ser una tribu-, la apropiación comunitaria de un bien implica la exclusión de otras comunidades (si no, se pierde el significado de los conceptos mismos de *propiedad* y de *apropiación*) pero no entre los miembros de dicho grupo. Parecería entonces, que podrían darse dos tipos de relación de exclusión en la propiedad común: una extra-comunitaria y otra intra-comunitaria. En la dimensión extra-comunitaria, es decir hacia los no-miembros del grupo, el principio de exclusión se aplica en

³ Los autores sostienen, al referirse a los derechos de las transmisiones satelitales, que: “Parecería que Orbitcom basa su reclamación de propiedad en el hecho de haber puesto un satélite en la órbita en disputa antes que cualquier otro. Esta reclamación apela a un principio legal conocido como la regla de la primera posesión, según la cual quien use por primera vez un recurso sin propietario adquiere un derecho sobre él.” (Cooter y Ulen, 1998, p. 102).

⁴ El autor define: “La regla de la ocupación o primera posesión tiene larga tradición en la teoría legal y también en filosofía política. Bajo esta regla, todos los comuneros tienen libre acceso a los bienes comunemente poseídos y nadie puede hacer empleo de un derecho de exclusión o veto sobre el uso de los recursos. (...)”. (Stordeur, 2011, p. 149).

amplitud, mientras que en la dimensión intra-comunitaria el principio de exclusión no existe y todos los miembros del grupo tienen libre acceso al bien, pues son dueños del mismo por igual.

¿Pero qué ocurre si pensamos a esa comunidad en términos de escala planetaria? ¿Qué ocurriría si esa comunidad es la humanidad toda, si el “todos” son todos los habitantes del planeta Tierra? En un mundo cada vez más globalizado interactuamos cada vez más: somos interdependientes y nuestras acciones suelen repercutir en otras partes del mundo. Fenómenos como el cambio climático resultan tanto innegables como preocupantes. En ese sentido, las cuestiones ambientales y la preservación de los recursos naturales son de una urgencia que reafirman el carácter alarmante de la situación en que se encuentra el bien global más comunitario de todos: la naturaleza, entendida como un *todo* y que es utilizada –e incluso abusada- por una humanidad también entendida como un *todo*. En ese sentido, es imposible excluir a nadie por fuera de esa comunidad dado que, por el momento, no existen seres humanos que puedan existir por fuera del planeta Tierra.

Aquí llegamos a una situación singular: la ausencia de propiedad implicaba la no aplicación de principios de exclusión a nadie, ya que no hay propiedad del bien: nadie es el dueño de la cosa. Cuando la propiedad comunitaria, que aplicaba la exclusión extra-comunitaria a no-miembros de grupo, es aplicada a toda la población de la Tierra como una sola comunidad, también conlleva la imposibilidad de que pueda excluirse a algún miembro, simplemente porque no hay un “otro” por fuera de la humanidad toda. Al llegar a este punto en donde la escala de lo que consideramos “comunidad” es tan grande y amplia que incluye a toda la especie humana, la imposibilidad de aplicar derechos de exclusión a otros es asimilable a los efectos de una ausencia de propiedad. Por ende, carece de sentido la discusión acerca de si la propiedad común es o no la ausencia de propiedad ya que sus efectos son los mismos: en la *propiedad común global* se involucra a todos los seres humanos.

V. Los bienes comunes y la propiedad comunitaria

La propiedad comunal o comunitaria es entonces aquella en donde no se aplican criterios de exclusión sobre otras personas en cuanto a los bienes afectados. Todos los miembros de la comunidad tienen acceso libre a ellos. El profesor Eugene Petit (1958, p. 203) define a la *res communis* como:

“Todas las cosas que no sean de derecho divino tienen que ser de derecho humano o profanas. Se subdividen en res communes, res publicae, res universitatis y res privatae o singulorum. Res Communes – Se llaman res communes las cosas cuya propiedad no pertenece a nadie [(sic)] y su uso es común a todos los hombres (Cicerón). Su naturaleza también es excluyente de toda apropiación individual. Son el aire, el agua corriente, la mar; de donde resulta la libertad de pesca y de la navegación.”

Algunos bienes relacionados con los recursos naturales pueden ser entendidos como bienes comunes. Ejemplos como el del agua son de los más citados. En el año 533 las Institutas de Justiniano definían ya al agua corriente como un bien común.⁵

Un bien se define de acuerdo a la aplicación o no de dos principios: el de exclusión –ya mencionado- y el de competencia, que implica una rivalidad en el consumo de un bien. ¿Por qué rivalizan quienes desean hacerse de un recurso? Porque se trata de un bien *agotable*; por ende necesita de un mayor nivel de cuidado respecto de su aprovechamiento.

Teniendo en cuenta estos principios es posible clasificar a los bienes en cuatro tipos. Si sobre el bien se aplican derechos de exclusión a otras personas sobre su uso y goce y al mismo tiempo existe competencia o riesgo de agotamiento del mismo por ese uso y ese goce, el bien se define como un *bien privado*. En este grupo se incluye un sinnúmero de efectos que podemos caracterizar como personales (nuestra ropa, nuestros objetos más íntimos, bienes muebles) pero también otros bienes de un valor económico mayor, como pueden ser casas, terrenos loteados, bienes muebles como automóviles, animales, etc., Como podrá resultar evidente al lector, el hecho de que quien suscribe esté redactando el presente artículo desde una computadora impide necesariamente que otra persona pueda gozar de ella y la utilice al mismo tiempo para navegar por internet. Eso significa que el uso de esta computadora determinada obstaculiza que otro pueda utilizarla al mismo tiempo, por lo que existe una rivalidad en su consumo: o la uso yo o la utilizará otro, pero no ambos a la vez. Al mismo tiempo, el hecho de que la computadora sea mía me permite que, si otro me la quitase sin mi permiso, yo pueda reclamarla, pues se encuentra excluido de poder incorporarla a su patrimonio personal: también hay un principio de exclusión sobre este bien. En conclusión: esta computadora es un bien privado.

⁵ “Ahora trataremos de las cosas, las cuales o se hallan en nuestro patrimonio o fuera de nuestro patrimonio. Mas algunas por derecho natural son comunes a todos, otras son públicas, otras de universidad o corporación cualquiera, otras de nadie, y la mayor parte de particulares, y éstas últimas pueden adquirirse (...). Y según el derecho natural son cosas comunes a todos: el aire, el agua corriente, el mar y sus costas.” (Justiniano, 2005, p. 67).

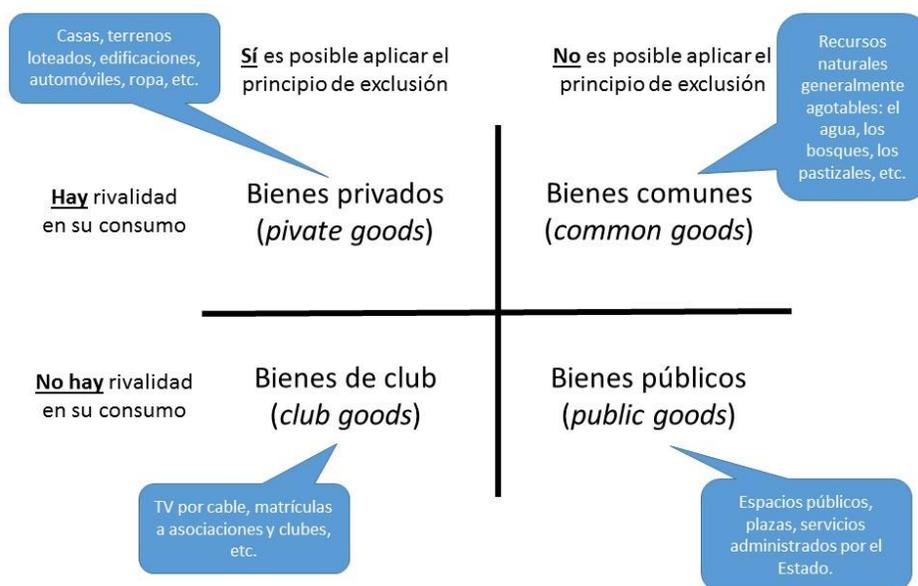
Es posible, empero, encontrar otro tipo de bienes que, aunque sea posible excluir a algunos que no pertenezcan al grupo de usuarios o propietarios, la cantidad de usuarios o consumidores de esos bienes no impactará en que haya menos de dicho bien para el resto. Dichos bienes se los puede clasificar como *bienes “de club”* (*club goods* según el derecho anglosajón). La TV por cable es un buen ejemplo: no todos pueden gozar de ella, solamente los que pagan una cuota a la empresa emisora. Ahora, que existan diez o mil clientes de esa empresa no impedirá que todos gocen al mismo tiempo de los programas que se transmiten por ese servicio. Un club social o deportivo funciona del mismo modo: no habrá menos espacio de recreación (es decir, menos club) si la institución tiene 100 o 5.000 socios. Pero solamente podrán ingresar a él y participar de sus actividades quienes paguen una cuota y sean admitidos a ese club.

Si un bien no se agota por su uso y está disponible para todos sin exclusión, el bien se define como un *bien público*. Un ejemplo de ello son las plazas y parques públicos: no habrá “menos plaza” si hay en ella 50 o 100 personas, el espacio seguirá existiendo. Al mismo tiempo es imposible prohibir el ingreso a una plaza pública (La Nación, 23/04/2007a; 23/04/2007b). Por ende, no hay exclusiones: *todos* –literalmente- pueden entrar libremente en ella sin cumplir ningún requisito, ningún pago, nada que pueda resultarles un impedimento.

Por el contrario, si un bien es tratado sin que se aplique exclusión a nadie de su libre uso y goce, pero al mismo tiempo persiste esa competencia sobre el bien, éste será definido como un *bien común*. Los recursos naturales tienen esta característica: la mayoría de ellos son –en mayor o en menor medida- escasos. Las caracterizaciones antedichas pueden definirse sencillamente mediante el esquema que se dispone en el Cuadro 1.

Cuadro 1: Clasificación económica de los bienes.

Fuente: Elaboración propia.



Como mencionamos al final de los puntos 1 y 2, la propiedad comunal no genera derechos de exclusión, por lo que las transacciones carecen de sentido ya que todos los miembros de esa sociedad tienen acceso a los bienes comunales. Como consecuencia de ello, el comercio y el mercado resultan innecesarios: el acceso a todos los bienes comunes es libre, lo cual implica un punto de vista diametralmente opuesto con el tratamiento y consecuencia de la propiedad privada, cuya característica de exclusividad hace, precisamente, que sea posible negociar derechos de transferencia (la compraventa) sobre ellos mediante un monto equivalente en otros objetos o en un equivalente general de mercancías: el dinero. Ese monto (el precio) y esa posibilidad de transferir esos derechos de exclusividad a otra persona permiten que se generen transacciones, lo cual deriva a la formación de un ámbito que sea el lugar (el mercado) propicio para que se dé ese intercambio (el comercio).

La generación de un mercado para los bienes comunes es un contrasentido. La única forma en que esto pueda ser posible es, como hemos visto, mediante su privatización. Aquí las distintas escuelas del AED difieren en los puntos de vista respecto del tratamiento sobre los bienes comunes (Arjona Trujillo y Rubio Pardo, 2002, pp. 121-129). La escuela más ortodoxa –devenida de la

Escuela de Chicago- sostiene que la privatización de los bienes comunes es aplicarles a ellos los beneficios de “la mejor forma de propiedad” (la propiedad privada). Dicha escuela entiende indefectiblemente que el éxito de la regulación legal debe medirse en términos de eficiencia económica, lo cual deja por fuera de dicha evaluación parámetros como los de justicia. Ello es un problema irresoluble para el AED, máxime considerando que la búsqueda de lo justo es la esencia misma de disciplinas como el Derecho. Las críticas conocidas de la Escuela Austríaca o también de otras escuelas –heterodoxas- del AED como la Escuela de New Haven o las del Institucionalismo y la Nueva Economía Institucional (NEI) (Padilla Zalacaín, 2006, p. 26),⁶ aun cuando resultan minoritarias dentro de esta área de estudio, se oponen a la concepción de que el hombre actúa – siempre- de manera racional maximizando sus utilidades. El biólogo Garrett Hardin en su célebre artículo publicado en 1968, “La Tragedia de los Comunes” (Hardin, 1968), claramente lo explicita cuando describe esa “tragedia”: ante el aumento poblacional irrefrenable, los recursos comunes (finitos) tienden a desaparecer porque son sobreexplotados.

VI. El agua y la tragedia de los comunes

Hardin concuerda con el supuesto de que los hombres actúan como seres racionales maximizando sus utilidades.⁷ Inicialmente esto es al menos cuestionable, dado que en numerables ocasiones un individuo puede comportarse de manera “irracional” optando por preferencias que no poseen un fundamento económico: gustos, capricho, compulsiones, etc. Sin embargo, y siguiendo al citado autor, en tanto cada individuo busca maximizar sus ganancias y utiliza un bien común –y tal es en el ejemplo dado por él en su artículo- como es un lote (comunal) para el pastoreo de su

⁶ El AED es un estudio originado centralmente desde el pensamiento económico de la Escuela de Chicago. Ella constituye la ortodoxia de este enfoque desde la economía hacia el derecho y las instituciones jurídicas. La Escuela Austríaca siempre fue muy crítica del AED, en términos generales separándose del neoliberalismo hacia una especie de “anarco-capitalismo” y en lo más particular sosteniendo una fuerte crítica hacia la teoría de la elección racional que la Escuela de Chicago propugna. Posteriormente se sumaron nuevas escuelas y teorías que brindaron al AED una perspectiva más amplia, como la Escuela de New Haven o el Institucionalismo y la NEI. Si la Escuela de Chicago de Milton Friedman es la ortodoxia del AED, éstas últimas serían la heterodoxia.

⁷ John Stuart Mill definía en 1836: “La economía política (...) Se refiere a[el hombre] sólo como un ser que desea poseer riqueza, y que es capaz de comparar la eficacia de los medios para la obtención de ese fin.” De esta concepción se entiende el concepto de *homo economicus*, referido a la idea del hombre como atomísticamente concebido y portador de una racionalidad utilitarista. Bajo esta premisa, la escuela neoclásica modeliza al comportamiento humano de acuerdo a una racionalidad reactiva ante los estímulos económicos, entendiendo que el sujeto actúa individualmente y es capaz de procesar adecuadamente la información que conoce para actuar en consecuencia, optando siempre, bajo todo momento, condición y lugar, por un resultado en pos de su máxima obtención de ganancia. Bajo estos parámetros es que se entiende al *homo economicus* como un ser racional en sentido de potenciar su bienestar.

ganado (privado) y el de todos los miembros de la comunidad, su comportamiento genera una externalidad negativa para todo el grupo que es inferior al beneficio individual que él percibe por el engorde, faena y venta de su ganado. Si tal es la situación, la opción individual seguirá siendo utilizar de manera ilimitada el lote de pastura, aun en perjuicio de la comunidad (que incluye a dicho pastor) por el agotamiento del recurso. Hardin entiende que tal es la suerte de *todos* los bienes comunes: su extinción por sobreexplotación. En un pasaje central de su artículo, define ese destino para él inexorable:

“Al sumar todas las utilidades parciales, el pastor racional concluye que la única decisión sensata para él es añadir otro animal a su rebaño, y otro más... Pero esta es la conclusión a la que llegan cada uno y todos los pastores sensatos que comparten recursos comunes. Y ahí está la tragedia. Cada hombre está encerrado en un sistema que lo impulsa a incrementar su ganado ilimitadamente, en un mundo limitado. La ruina es el destino hacia el cual corren todos los hombres, cada uno buscando su mejor provecho en un mundo que cree en la libertad de los recursos comunes. La libertad de los recursos comunes resulta la ruina para todos” (Hardin, 1968, pp. 1243-1248).

Hardin polemiza con el concepto smithsoniano que de la suma de cada acto individual resulta el beneficio de toda la sociedad, como lo prueba en su ejemplo. Sin embargo, al llegar a su conclusión, Hardin entiende que si el hombre abusa de un recurso –que es común y que tiene libertad de acceder a él hasta agotarlo-, la ruina es culpa del recurso. Para el autor el origen de esa ruina está en “la libertad de los recursos comunes”, lo cual creemos que es un error: el agotamiento no es culpa del recurso o de la libertad de éste (que es una característica propia del bien cuando es considerado un bien común), sino del hombre que abusa de él. Si el hombre realiza una conducta abusiva hacia una cosa, ¿por qué la culpa ha de tenerla las características de la cosa y no el hombre que abusa de ella?

Habiendo definido el problema centrado en la naturaleza comunal de los bienes, un segundo punto de este artículo es la alternativa propuesta para evitar su tragedia. Hardin sostiene la necesidad de dejar de tratar a los recursos comunes como tales y asignarles, en forma coercitiva, incentivos económicos para torcer esas conductas sociales indeseables como son su sobreexplotación. Estos incentivos no pueden ser otros más que mecanismos de precios o impuestos. Como bien sostiene José Luis Gordillo (2006, p. 13), este tipo de propuestas posee un problema para que puedan ser implementadas y es que asignar títulos de propiedad privada a aquel

70% del planeta que actualmente ocupan los bienes comunes significa, en pocas palabras, *privatizar el mundo*.

Definir qué es y qué no es un bien común o un bien privado es una tarea ardua, pero está lejos de ser pacífica. Al contrario de lo que sostienen los autores liberales en que “el conflicto resulta improductivo”, creemos que el conflicto es la base necesaria de los cambios, es el motivo de los debates teóricos, políticos y jurídicos que tanto hacen falta en nuestro tiempo, y es en la naturaleza del cambio en donde se halla la esencia misma de toda evolución social. Si no debatimos, si no encaramos los conflictos tal como lo que son, no cambiaremos y no evolucionaremos como sociedad.

Precisamente una visión desde esta perspectiva sería interesante proviniendo de un biólogo, aunque no sea Hardin el que parece aportarla, sino más bien lo contrario. Si algo caracteriza a la evolución es la capacidad de adaptación de la especie. El enfoque del hombre como ser racional que genera que se comporte de determinada forma –maximizando ganancias en el uso de sus recursos disponibles-, lo hace previsible. Sin embargo, la evolución puede darnos mayores enseñanzas que esa, pues la evolución se genera por la adaptación. La adaptación para el hombre fue precisamente desarrollar esa racionalidad. Pero la adaptación involucra *cambiar*, y es el cambio la clave de la evolución biológica (y social). Si el hombre va a la ruina, y él nota su camino ruinoso, puede cambiar su comportamiento utilizando su racionalidad. Los hombres no actúan como autómatas, sino que pueden alterar sus comportamientos, y pueden hacerlo porque pueden utilizar esa racionalidad que poseen. *Somos tan racionales que podemos cambiar*. La clave de esa evolución no se encuentra, por ende, en modificar la propiedad de los recursos sino en la posibilidad del hombre modificarse a sí mismo y torcer su destino.

Otro problema es cuando encontramos referencias a las generaciones futuras para justificar el interés en la conservación del ambiente y de los recursos naturales. El derecho internacional define que el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones *presentes y futuras* (Declaración de Río, 1992, Principio 3) sin saber si las generaciones futuras existirán o si serán igual de responsables con su derecho o no. Claro que eso no hará menos denodados nuestros esfuerzos, pero recordemos que nosotros hemos sido más contaminantes que las generaciones que nos precedieron. El mismo Locke entendía que el derecho de primera ocupación incluía la obligación de

la preservación del recurso, quedando restringido su aprovechamiento a dejar “suficiente y de igual calidad” del bien aprovechado (Citado en Stordeur, 2011, p. 149). Resulta difícil, asimismo, defender el derecho de dichas generaciones si la evaluación del aprovechamiento de los bienes comunes pasa por las necesidades del presente, que evidentemente en mucho sobrepasan las prudentes estimaciones de Locke...

Enric Tello (2006, p. 115) menciona, citando al Premio Nobel de Economía (1998) Amartya Sen, que los problemas sobre la conservación de los bienes comunes necesitan de la creación de nuevas instituciones de cooperación que vayan más allá de la economía de mercado.

Hardin en su artículo advierte que no hay soluciones técnicas a estos problemas, del mismo modo que tampoco las hay al hablar del crecimiento poblacional (preocupación con el que inicia su artículo y tema con el que trabajó gran parte de su vida): en ambos casos las respuestas son morales (Hardin, 1968, 1243). Y sin embargo, semejante aseveración no es tomada por ninguno de los autores que insisten en la privatización de los espacios y bienes comunes. ¡Vaya paradoja! Hasta el propio Hardin descrea que la moderación de un asaltante de bancos pueda lograrse convenciéndolo de lo perjudicial de su acto de robar. Sus creencias parecen infundadas, ya que la realidad indica otra cosa: al menos en Argentina, estudios realizados por la Universidad de Buenos Aires desde 1985 hasta la fecha demuestran que el 85% de los presos que estudian dentro de las unidades penitenciarias no reinciden (Clarín, 3/12/2015). Los números sin duda son asombrosos. Está claro que estos altísimos resultados no se dan con los reos que no estudian. Eso muestra las falencias del instituto del encierro como mecanismo socializador, pero a la vez evidencia el poder para ello que tiene la educación. La inculcación de valores no es algo que se logre en una conversación, es un proceso arduo que requiere años y mucho empeño. Coloquialmente suele llamárselo “crianza”, pero de lo que se trata es de *socialización*. Aun así, insisten en asignar derechos de propiedad individual (aplicación de soluciones técnicas) alegando, además, que su visión no es sesgada y no es ideológica. Sus argumentos son racionales, pero ya hemos visto cómo las acciones racionales pueden atentar contra el bien común.

El filósofo Andrew Feenberg –especialista en filosofía de la tecnología- sostiene que la degradación del trabajo, de la educación y del ambiente no se origina en la tecnología en sí misma, sino en los valores antidemocráticos que actualmente gobiernan el desarrollo tecnológico. Dicho

autor cuestiona tanto las respuestas técnicas como el retorno a condiciones más primitivas como salida a estos problemas:

“¿Existe una manera de restaurar la unidad rota entre naturaleza y sociedad, y a la vez evitar el costo moral de un retroceso romántico? ¿O estamos destinados a oscilar por siempre entre los polos de lo primitivo y lo moderno, la solidaridad y la individualidad, la dominación por parte de la naturaleza o la dominación de la naturaleza? Esta es la pregunta primordial a la que debe responder una teoría crítica de la tecnología. He mostrado que un poco convincente retorno a la naturaleza no es la única alternativa a la sociedad industrial contemporánea.

“(…) La solución no es un retorno romántico a lo primitivo, lo cualitativo y lo natural, ni un salto especulativo hacia una ‘nueva era’ y hacia toda una ‘nueva tecnología’. Por el contrario, el concepto crítico de totalidad nos ayuda a identificar la contingencia del sistema tecnológico existente, los aspectos en los que puede ser investido de nuevos valores y orientado hacia nuevos propósitos” (Feenberg, 2012, p. 292).

Al mismo tiempo, resulta también extraño que Hardin, siendo biólogo, no haya considerado si el recurso es vital para los comuneros, como es en el caso del agua potable. Nos referimos al objeto en sí y no al servicio de proveerlo, lo cual hace incurrir en gastos de mantenimiento pero que no deben poner en riesgo el derecho de acceso al bien. En tal caso, la “tragedia” que él vislumbra no implica solamente el agotamiento del recurso (el agua en este caso), sino que atenta contra la supervivencia de los miembros del grupo. Al asignar derechos de exclusión al agua potable; es decir, asignarle derechos de propiedad y precios a ese bien vital, es posible preservar el recurso pero no a aquellos que no puedan pagar el precio asignado para su acceso. Por ende, los estaremos condenando a muerte por sed, ya que no es posible que nuestros organismos biológicos puedan sobrevivir sin agua por mucho tiempo. El comportamiento “racional”, en este caso es un suicidio como especie –lo cual es objetable desde un punto de vista biológico- o, en el caso de que se condene a *algunos* miembros y no a todos, un genocidio –algo que no sólo es objetable sino además una aberración-. Y por más que el comportamiento sea individualmente racional, el Derecho no puede considerar como aceptables actos que resulten humanamente aberrantes.

Es por eso que los mecanismos para la conservación de los bienes comunes deben basarse en la cooperación fundada en una responsabilidad moral donde el libre desarrollo de cada uno sea al mismo tiempo la condición del libre desarrollo de todos.

Ello coincide con el imperativo categórico kantiano de “*actúa en forma tal que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca meramente como medio*” (Kant, 2007). La condición humana que hace al hombre como tal es su poder de razonar y de poder dictarse a sí mismo leyes (Negt, 2004, p. 54). Triste sería de nosotros si no apostáramos a ella para hallar respuestas aceptables a las crisis que nuestros comportamientos antisociales han provocado.

VI. Justicia y agua

El uso histórico de los bienes comunales siempre ha incluido mecanismos de cooperación social que imponen limitaciones a su uso con el fin de evitar situaciones límites como el agotamiento (Aguilera Klink, 2006, p. 118). Esto no es tenido en cuenta por autores que hablan desde un AED más ortodoxo. De hecho, para Hardin hablar de eficiencia no necesariamente implica hablar de justicia. Es más, claramente prefiere la primera a la segunda:

“Una alternativa a los recursos comunes no necesita ser perfectamente justa para ser preferible. Con bienes raíces u otros bienes materiales, la alternativa que hemos escogido es la institución de la propiedad privada emparejada con la herencia legal. ¿Es este un sistema perfectamente justo? Como biólogo entrenado en genética niego que el sistema lo sea. (...)

Debemos admitir que nuestro sistema legal de propiedad privada más herencia es injusto, pero nos quedamos con él porque no estamos convencidos, por el momento, de que alguien haya inventado un sistema mejor. La alternativa de los recursos comunes es demasiado aterradora para contemplarse. La injusticia es preferible a la ruina total” (Hardin, 1968, p. 1244).

Ronald Coase, Premio Nobel de Economía (1991), tuvo un punto cierto al decir que son los derechos de propiedad los que determinan las relaciones económicas y las instituciones sociales involucradas en ellas. Pero ello incluye a *todas* las formas de propiedad, no solamente a la propiedad privada. Es posible hallar mecanismos eficientes y que a la vez sean justos. No estamos condenados ni a la ineficiencia ni a la injusticia. Cuando Coase define que para que un mercado funcione eficientemente requiere necesariamente un sistema de derechos de propiedad bien definidos sobre los recursos naturales, claramente está refiriéndose a adoptar un régimen de propiedad privada como modelo único. La visión central del análisis económico del derecho derivado

del pensamiento de autores como Milton Friedman, Ronald Coase o Richard Posner está centrada en medir cómo las instituciones jurídicas internalizan la lógica economicista de (libre) mercado,⁸ indicando a la vez con qué órganos puede intervenir el Estado en la economía.

La misión declarada de su AED es prevenir dicha intervención, pues ello distorsionaría el libre juego de oferta y demanda (Stordeur, 2011, p. 80). Pero la privatización –es decir la forma en que el Estado asigna, mediante sanciones legales o decisiones judiciales, derechos de exclusión- es también una forma de intervención estatal (Padilla Zalacaín, 2006, p. 25). Si la regla de primera posesión es respetada y la comunidad ha asumido formas de propiedad comunitarias, su transformación (privatización) es sin dudas una interferencia dada por el Estado, algo notablemente contradictorio si lo que el AED de la Escuela de Chicago busca es precisamente evitar la acción del Estado en la economía.

Hay tanta cantidad de opciones como de comunidades y necesidades. Reducir a una única solución todos los problemas para todas las comunidades del mundo puede servir más para atender las necesidades del mercado y de *un* sistema dominante de propiedad que para las reales necesidades de las comunidades. Elinor Ostrom, otro Premio Nobel de Economía (2009), ha enunciado numerosos ejemplos –incluso dentro del paradigma de mercado- de cómo el agua puede ser gobernada manteniendo su carácter de bien común mediante instituciones autogestivas más justas para los miembros de las comunidades (Ostrom, 2011, pp. 186-249; 356-359). Otros autores más críticos, como Esteban Castro, apuntan al proceso de mercantilización del agua y otros bienes comunes. Para él se trata de la asimilación de bienes como privados y cuyo valor de cambio incluye una ganancia que es apropiada por un agente privado, quien detenta su derecho de propiedad sobre el recurso. Castro ha denunciado cómo ocurren los avances por su privatización, desmantelando además algunos mitos en cuanto a las formas de gestión del agua potable: el 85% de la gestión del

⁸ Posner incluso reduce a casi todo el campo del Derecho a subcategorías o desprendimientos del derecho de propiedad privada, que toma como derecho fundamental único. Para Posner el derecho común (*common law*) está integrado por tres partes: “1) el derecho de propiedad, que se ocupa de la creación y definición de los derechos de propiedad, que son derechos para el uso exclusivo de recursos valiosos; 2) el derecho de los contratos, que se ocupa de facilitar el movimiento voluntario de los derechos de propiedad hacia las manos de quienes les asignen mayor valor; y 3) el derecho de los daños, que se ocupa de proteger los derechos de propiedad, incluido el derecho a la integridad corporal. Campos tales como el derecho naviero. De la restitución, de la propiedad intelectual y el derecho comercial, e incluso el derecho penal y el familiar, pueden concebirse como subcategorías especializadas de uno o más de los campos fundamentales.” (Posner, 1998, p. 37). Por ello es que sus estudios analizan casi todas las áreas del Derecho, sean públicas o privadas (el derecho familiar, los derechos sexuales, el derecho penal, los derechos comerciales, los concursos y las quiebras, el derecho de la regulación legal, el derecho laboral, los servicios públicos, el derecho corporativo, los mercados financieros, la pobreza, los derechos sociales, la tributación, el derecho sucesorio, el derecho procesal, el administrativo, el derecho constitucional y las libertades individuales), desde un punto de vista estrictamente económico.

agua en EE.UU. –epicentro global de la acción de la empresa privada por excelencia- es pública, no privada; seguramente tomada de la experiencia de gestión privada en Inglaterra durante el siglo XIX, que fue un completo fracaso. Bolivia⁹ o Argentina¹⁰ muestran también los fracasos de las gestiones privadas pero en pleno siglo XXI. No es casual que actualmente sólo entre un 10-15% de la población mundial reciba sus servicios esenciales de agua de gestiones privadas (Castro, 2009, pp. 35-37), el resto lo hace o por instituciones públicas o comunitarias. El tema es que estos son “anti-ejemplos” que muestran que hay alternativas y que son posibles, pero que atacan intereses que se han movido cómodamente en el establecimiento de un mercado para el agua y los bienes comunes en donde son pocos los actores dominantes¹¹ y muy altos los réditos: unos US\$ 400.000 millones por año (Barlow, 2007, p. 90).

VIII. Conclusiones

Como se ha expuesto, existen dos formas de nacimiento de la propiedad privada: por vía del trabajo de una persona sobre un objeto o, en caso contrario, por vía de la desposesión de ese bien respecto a otros individuos que pudieran gozarlo. En este último caso nos encontraríamos ante una

⁹ El caso de la privatización del servicio de agua potable y saneamiento de los municipios de Cochabamba y El Alto hacia el año 2000 implicó en subas de tarifas abusivas de manera automática en un 200%, lo que recibió una resistencia popular que resultó en fuertes enfrentamientos con las fuerzas de seguridad, un muerto y numerosos heridos. Ambos episodios son conocidos como “las Guerras del Agua”. Las empresas (extranjeras) involucradas en la nueva gestión demandaron a Bolivia ante el CIADI –un organismo del Banco Mundial que forma tribunales arbitrales en materia de inversión-. A pesar de ir ganando el caso en los estrados, las empresas se retiraron a raíz del alzamiento popular. Llegaron a un acuerdo simbólico con el gobierno por el cual accedieron a ser indemnizadas por US\$ 0,50.- (cincuenta centavos de dólar, es decir, 2 bolivianos) (Echaide, 2013).

¹⁰ El caso de las privatizaciones en Argentina ocurrieron durante la década de 1990. Por contrato, las tarifas de las empresas privadas se hallaban expresadas en pesos pero cotizadas a valor dólar estadounidense. Tras la crisis económica y política de 2001-2002, cuando el gobierno devaluó la moneda, las empresas reclamaron incrementos tarifarios para no perder sus ganancias, aunque la mayoría de la población no se encontraba en condiciones de pagar esos montos. En el caso del área metropolitana de Buenos Aires, además de reiterados incumplimientos contractuales de inversión por parte de la empresa privada –que motivó 11 multas a la empresa concesionaria-, se descubrió que además distribuía agua con altos contenidos de nitratos y, por ende, no apta para el consumo humano. Ello motivó la rescisión del contrato. El consorcio extranjero demandó a la Argentina ante el CIADI reclamando falta de protección de sus inversiones en el país y que las medidas tomadas por el gobierno habían sido expropiatorias. Luego de diez años de litigio, las empresas ganaron el caso, recibiendo una indemnización por US\$ 405 millones (Echaide, 2013).

¹¹ Las empresas privadas dominantes a nivel global en el sector de agua potable y saneamiento son pocas y pueden separarse en tres niveles: las principales son las francesas Suez y Vivendi Universal. Ambas manejan el 70% del mercado mundial del servicio de agua potable. En una segunda línea se encuentra Saur (también francesa), RWE (alemana), Bechtel (estadounidense) y Azurix-Enron (estadounidense). Estas empresas comparten la característica de que se dedican a otros sectores además del de la gestión del agua, como ser electricidad, gas, construcción, telecomunicaciones, etc. En un tercer peldaño, más abajo a nivel transnacional, se encuentran: Severn Trent (británica), Anglian Water o AWG (británica), el Grupo Kelda (también británico) y Waters Workers Co. (estadounidense). Se dedican sólo a la gestión del agua sin articularse con las demás empresas de los dos grupos anteriores (García, 2008, p. 66).

transformación del régimen de propiedad respecto de una primera posesión: una privatización de un bien comunitario. Esta transformación no se da en un momento histórico determinado sino que es un proceso continuo que favorece la expansión de las relaciones sociales mercantiles y, a la vez, amenaza el manejo de los bienes comunitarios como tales.

En este sentido, el derecho tiene un rol social central que es el fijar las reglas de juego para el funcionamiento de cada sociedad. No significa solamente distinguir lo permitido de lo prohibido, es además establecer un sistema de reglas para los bienes de acuerdo a cómo son clasificados, su prioridad, su forma de asegurarlos, su utilización, etc. En el año 2010, la Resolución 64/292 de la Asamblea General de las Naciones Unidas definió el agua potable como un bien cuyo acceso posee un rango de derecho humano. El establecimiento del derecho humano al agua fija al menos una prioridad en el cumplimiento de ese derecho respecto de otros. Es lo que se conoce como normas de efecto *erga omnes*. El agua es un bien escaso pero no por ello es un bien privado; su escasez y su imposibilidad de exclusión hacia otros congéneres hace a su característica de bien común, tal como lo consideraba Justiniano o como lo entendían todas las culturas desde tiempos inmemoriales: el agua es un bien demasiadopreciado como para que la tenga un solo hombre. Debemos otorgarle entonces una normativa acorde al bien común que es, que tenga en cuenta las necesidades para su preservación, pero también que pueda ser gozada por todo el que la necesita a condición de respetar su calidad y cantidad para no afectar el derecho de otros. Está claro que el problema requiere soluciones morales, no técnicas.

No creemos posible hablar de sistemas sustentables basados en normas jurídicas que se aparten de una noción de justicia. Eso es un contrasentido. Instituciones técnicas injustas pero “convenientes” nos conducirán a una crisis en materia de recursos naturales, aunque sus defensores digan lo contrario.

Frecuentemente solemos escuchar reclamos por una mayor inculcación de valores, pero cuando eso debe plasmarse en una realidad concreta, las consecuencias no suelen agrardarle tanto a aquellos que así lo reclamaban. Para hablar de una regulación jurídica de los bienes comunes primero debemos considerar cuál es el esquema de valores que estamos sosteniendo y si dichos valores se condicen con los objetivos de nuestra preservación y de la preservación de nuestro ambiente. La disyuntiva es si deseamos ser una única humanidad, conjunta y englobante de toda la especie humana, o dos, la de los privilegiados por un lado y la de los excluidos por otro.

Como dijimos, desde los romanos los bienes más esenciales para la vida fueron tratados como comunes. La privatización de tales bienes, como el agua, resulta inaceptable, no porque sea imposible, sino porque las consecuencias aplicadas a una escala individual resultan injustas, y las posibles consecuencias a una escala social resultan aberrantes. Por ende, es un error pretender que los problemas existentes en torno a la conservación, mantenimiento y distribución del agua potable pueden ser resueltos mediante la asignación de derechos de propiedad privada. Los bienes comunes deben gozar de regímenes legales que den cuenta de sus características y tengan en cuenta sus formas de propiedad. Similar situación ocurre con la basura (el bien en sí, no el servicio para su recolección): es relativamente frecuente el debate acerca de quién es el “dueño” de las cosas una vez que han sido desechadas. Por la clasificación económica de los bienes, todo el mundo puede acceder a un bote de basura y su contenido, pues no hay forma de impedir que alguien se acerque a él y saque algo. Es decir que hay una ausencia de exclusión. En cuanto al principio de competencia, si yo “uso” esa basura impido que otro la utilice. En conclusión: la basura también es un bien común (aunque, claro, no uno esencial para la vida), y sin embargo hay frecuentes debates municipales alegando que nadie podría acceder a los contenedores de residuos porque su contenido sería “privado” (de la empresa recolectora o del municipio). Ahora, cuando uno acopia chatarra o cartón, le está quitando esa característica comunal. “Privatizar” la basura impediría que los cartoneros pudieran tomarla –siquiera inspeccionarla- para hacer sus tareas de reciclaje.

Existe una tendencia a pensar las cosas comunes como privadas y, por ende, a inclinarse en querer aplicar por extensión los principios de los bienes privados (incluyendo la lógica de mercado y la normativa legal correspondiente) a los comunes, cuando éstos poseen lógicas y problemas que son específicos.

Al privatizar bienes comunes para evitar su agotamiento se generan otros problemas como el de la exclusión. Por ende, no necesariamente estaremos resolviendo las dificultades, sino que tal vez las estemos profundizando. En nuestra lógica privatista transformamos el régimen legal del agua y la convertimos en un bien privado, lo que implica una intervención del Estado por vía de una sanción legal y del otorgamiento de derechos de propiedad que excluyan a otros individuos. Ello nos permite comprar y vender agua a sola condición del pago de un precio de transferencia, todo ello en aras del *laissez faire* y la mano invisible del mercado como mejor mecanismo para la asignación de recursos. Pero como no es posible suprimir el acceso a un recurso tan esencial, garantizamos

mecanismos diversos –como por ejemplo subsidios cruzados –en el servicio de agua potable, nuevamente gracias a la intervención del Estado, fuese directa (en el caso de las empresas públicas) o indirectamente (cuando el servicio está concesionado a una empresa privada). En suma: para que el agua pueda ser privada y se genere un mercado, el cual se desea libre de una supuesta intervención nociva del Estado, necesitamos paradójicamente que el Estado transforme legalmente la propiedad del agua, nos dé títulos de propiedad, nos garantice la exclusión de otros gracias a acciones judiciales para ello, y nos dé subsidios para poder mantener los costos de su servicio de distribución a un precio razonable. Pero está claro que se quiere al Estado fuera del mercado del agua, ¿verdad...? O quizás no...

Los bienes comunes, y sobre todo el agua potable, deben tener una regulación diferenciada que responda tanto a las necesidades de conservación como las de la comunidad. En el caso específico del agua esta necesidad se hace más evidente y más sensible, dado que es un bien indispensable para la supervivencia de todo ser vivo. La generación de derechos de exclusión equivale a otorgar derechos de vida y de muerte para quienes los detentan: una responsabilidad demasiado grande como para dejarla libre a las reglas del mercado.

Si la ausencia de propiedad es algo que pueda darse en los bienes comunes o no, es un problema de escala. Generalmente la exclusión de los derechos de la comunidad es hacia quienes no son miembros de ella, lo cual se hace impracticable en temas que son globales, como ser los ambientales. El derecho a acceder a la luz, al aire, al agua no pueden ser vetados bajo una falsa división: somos congéneres que necesitamos y merecemos acceder a agua de calidad bajo condiciones que garanticen que otros puedan hacerlo. Ello también lleva a pensar en los niveles poco sustentables de producción y consumo en el que vivimos. Es necesario que racionalicemos y tomemos decisiones responsables sobre las cosas que necesitamos y las que no, del mismo modo en que los cambios tecnológicos pueden ayudarnos en ese camino. Pero si la tecnología ha de depender de los mismos parámetros voraces, privatistas e individualistas con los que nos hemos manejado, la tecnología sólo hará que ese camino que hemos trazado hacia ensanchar las brechas sociales se haga cada vez más sofisticado. La clave para nuestra propia evolución se encuentra en nuestra capacidad de torcer ese destino que Hardin identificó como inevitablemente trágico.

El agotamiento de los bienes comunes no es culpa ni de la cosa ni de sus características, sino de la humanidad que abusa de las riquezas que la naturaleza nos ha dado. Es nuestra falta de

respeto lo que nos lleva a depredarlo todo. Con esta escala de valores, nuestras soluciones técnicas que nos permiten acaparar lo que nos plazca nos lleva a la triste y preocupante situación en la que estamos.

Por más que el comportamiento individual sea racional, el derecho no puede avalar actos que resulten en la exclusión de miles, millones de seres humanos de un derecho vital como es el acceder al agua potable para fines indispensables. La adopción del acceso al agua como un derecho humano ha sido una sabia decisión y los mecanismos legales de ese valor ahora establecido tienen que ser consecuentes: una mayor cooperación, respetando las necesidades, características y deseos de cada comunidad, con instituciones elaboradas a nivel comunitario y por las mismas comunidades incluso, es un camino más adecuado que la exportación de recetas simples aplicables a mansalva. Y donde las comunidades sean demasiado grandes, deberá ser el Estado el responsable de generar mecanismos de gestión más participativos, con controles en manos de los ciudadanos. Lamentamos ser portadores de malas noticias, pero no hay soluciones únicas para los problemas de una infinidad de comunidades diferentes.

Con estas decisiones pueden construirse mecanismos e instituciones legales que sean a la vez justas y eficientes. Si no respondemos a este llamado, estaremos poniendo demasiado en riesgo. Es un único bote y estamos *todos* en él: nadie será más rico si la humanidad o el planeta perecen en el viaje.

Referencias bibliográficas:

- AGUILERA KLINK, F. (2006). "El fin de la tragedia de los comunes". En *La protección de los bienes comunes de la humanidad. Un desafío para la política y el derecho del siglo XXI*, editado por José Luis Gordillo (coord.), (pp. 117-128). Madrid: Ed. Trotta.
- ARJONA TRUJILLO, AM. y RUBIO PARDO, M. (2002). "El Análisis Económico del Derecho", en *Revista Precedente (Anuario Jurídico)*, (pp. 1-36). México D.F.: Universidad ICESI.
- BARLOW, M. (2007). *Blue Covenant. The global water crisis and the coming battle for the right to water*. Nueva York: The New Press.
- CASTRO, E. (2009). "Apuntes sobre el proceso de mercantilización del agua: Un examen de la privatización en perspectiva histórica". En *Agua, un derecho y no una mercancía*, editado por Jaime Declós (coord.), (pp. 35-55). Barcelona: Icaria.

- CLARÍN, 3/12/2015, "Presos que estudian: el 85% no vuelve a la cárcel", http://www.clarin.com/sociedad/presos-educacion-carcel-uba_xxii-reincidencia_0_H1Slut1FwXe.html [Consulta: 12/01/2017].
- COOTER, R. y ULEN, T. (1998). *Derecho y Economía*. México D.F.: FCE.
- ECHAIDE, J. (2013). *El derecho humano al agua potable y los tratados de protección recíproca de inversiones*. Tesis Doctoral. Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho.
- FEENBERG, A. (2012). *Transformar la tecnología. Una nueva visita a la teoría crítica*. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes.
- GARCÍA, A. (2008). *El derecho humano al agua*. Madrid: Ed. Trotta.
- GORDILLO, JL. (2006). "A vueltas con lo común". En *La protección de los bienes comunes de la humanidad. Un desafío para la política y el derecho del siglo XXI*, (pp. 11-19), editado por José Luis Gordillo (coord.). Madrid: Ed. Trotta.
- HARDIN, G. (1968). "La Tragedia de los Comunes", en *Revista Science*, v. 162, (pp. 1243-1248), Washington D.C.
- HAVEY, David (2005). "El 'nuevo' imperialismo: acumulación por desposesión", en *Socialist register* 2004 (enero 2005). Buenos Aires: CLACSO, <http://www.biblioteca.clacso.edu.ar/gsd/collect/clacso/index/assoc/D8555.dir/harvey.pdf> [Consulta: 22/04/2017].
- JUSTINIANO (2005). *Instituciones de Justiniano (Edición bilingüe)*. Buenos Aires: Heliasta.
- KANT, I. (2007). *Crítica de la razón práctica*. Buenos Aires: Losada.
- LA NACIÓN, 23/04/2007a, "Una de cada cuatro plazas está enrejada", <http://www.lanacion.com.ar/902694-una-de-cada-cuatro-plazas-esta-enrejada> [Consulta: 22/04/2017].
- LA NACIÓN, 23/04/2007b, "Polémica por los sitios vallados", <http://www.lanacion.com.ar/902695-polemica-por-los-sitios-vallados> [Consulta: 22/04/2017].
- LOCKE, J. (2010). *Segundo tratado sobre el gobierno. Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*. Madrid: Aguilar.
- MARX, K. (1999). *El capital. Crítica de la Economía Política (Tomo I)*. México D.F.: FCE.
- NEGT, O. (2004). *Kant y Marx. Un diálogo entre épocas*. Madrid: Trotta.

- ONU (1992). *Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, (“Declaración de Río”). Río de Janeiro: ONU.
- OSTROM, E. (2011). *El Gobierno de Los Bienes Comunes: La Evolución de Las Instituciones de Acción Colectiva*. México D.F.: FCE.
- PADILLA ZALACAÍN, M. (2006). “El ecologismo de libre mercado”. En *La protección de los bienes comunes de la humanidad. Un desafío para la política y el derecho del siglo XXI*, (21-37), editado por José Luis Gordillo (coord.). Madrid: Ed. Trotta.
- PETIT, E. (1958). *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Buenos Aires: Albatros.
- POLANYI, Karl (1944). *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid: Quipu editorial, https://www.traficantes.net/sites/default/files/Polanyi,_Karl_-_La_gran_transformacion.pdf [Consulta: 22/04/2017].
- POSNER, R. (1998). *El Análisis Económico del Derecho*. México D.F.: FCE.
- PROUDHON, JP. (1984). *¿Qué es la propiedad?* Madrid: Hyspamérica / Orbis.
- ROUSSEAU, JJ. (1985). *El Contrato Social*. Madrid: Sarpe.
- ROUSSEAU, JJ. (2007). *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*. Barcelona: Folio.
- SMITH, A. (1983). *La riqueza de las naciones*. Buenos Aires: Hyspamérica / Orbis.
- STORDEUR, E. (h) (2011). *Análisis Económico del Derecho. Una introducción*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- TELLO, E. (2006). “¿Globalización del comunismo? Huellas y deudas ecológicas”. En *La protección de los bienes comunes de la humanidad. Un desafío para la política y el derecho del siglo XXI*, (107-116), editado por José Luis Gordillo (coord.). Madrid: Ed. Trotta.

EL CONSOLAT DE MAR, UNA INSTITUCIÓN IUSPRIVATISTA EN EL MEDITERRÁNEO MEDIEVAL

Por Júlia Miralles de Imperial Pujol

Recibido: 22 /02/2017

Aceptado: 18/05/2017

RESUMEN:

El presente artículo pretende ilustrar sobre una institución iusprivatista milenaria del mediterráneo: el *Consolat de Mar*. Con esta nomenclatura conocemos, por una parte, el código de la baja Edad Media que regulaba las relaciones comerciales entre los navegantes del mediterráneo, un verdadero código de derecho internacional privado usado desde el siglo XIII. Por otra parte, se denominaban *Consolats de Mar* a las instituciones de resolución de conflictos que en esa misma época regían las disputas sobre los hechos del mar en numerosos puertos del mediterráneo, siguiendo el procedimiento establecido por el código del mismo nombre. El objetivo de este texto es mostrar la larga historia que tiene el iusprivatismo internacional y, por lo tanto, la relevancia de la materia y el interés de su estudio y codificación.

PALABRAS CLAVE:

Derecho Internacional Privado - Derecho marítimo – Mediterráneo – Arbitraje - Edad Media.

EL CONSOLAT DE MAR, UNA INSTITUCIÓN IUSPRIVATISTA EN EL MEDITERRÁNEO MEDIEVAL

By Júlia Miralles de Imperial Pujol

ABSTRACT:

The present paper pretends to illustrate about an international private law millenary institution of the Mediterranean: the *Consolat de Mar*. This is the name of two institutions, on the one hand, a codex of the low Middle Ages that regulated the comercial relations between Mediterranean navigants, a truly code of private international law used since XIII century. On the other hand, *Consolats de Mar* were the institutions of conflict resolution that in these times resolved the disputes relating sea facts in numerous Mediterranean seaports, with the procedure established on the codex of the same name. The objective of the text is to show the large history of private international law and, consequently, the relevance of the subject and the interest of its study and codification.

KEY WORDS:

Private International Law - Maritime law – Mediterranean – Arbitration- Middle Ages.

EL CONSOLAT DE MAR, UNA INSTITUCIÓN IUSPRIVATISTA EN EL MEDITERRÁNEO MEDIEVAL

Por Júlia Miralles de Imperial Pujol*

I. Introducción

En ocasiones observamos que el derecho internacional privado es visto como una materia de menor importancia respecto a otras ramas del derecho privado. Las reticencias repetidas en muchos países para la codificación del iusprivatismo internacional es una demostración de las dificultades que encontramos para el reconocimiento de la autonomía de la materia.

Sin embargo, las instituciones del derecho internacional privado han tenido una importancia fundamental en el desarrollo legal y jurídico desde hace siglos. En el presente estudio analizaremos el *Consolat de Mar*, propio del derecho comercial y marítimo de la mediterránea medieval, con el fin de mostrar, a partir de este ejemplo, la larga historia del iusprivatismo internacional y su plena actualidad debido al fenómeno de la globalización.

El proceso globalizador que vivimos a inicios del siglo XXI tiene características muy particulares respecto a tendencias similares anteriores en el tiempo, fundamentalmente por el grado de profundización de la internacionalización que han adquirido el transporte, la producción o las comunicaciones gracias a los avances tecnológicos (Arroyo, 2005, p. 110).

Los estados actuales han abandonado hace décadas el enfoque histórico del sistema económico basado en la autarquía para focalizarse en el interés en vincularse económicamente con el exterior (Fernández Rozas, 2000, p. 2).

No cabe duda de que esta nueva realidad, día a día más global, ha generado un crecimiento notable en la cantidad de relaciones jurídicas privadas con elementos extranjeros, es decir, en el objeto del derecho internacional privado (Arroyo, 2005, p. 211-212).

En el caso del derecho del comercio internacional, la doctrina vincula sus inicios al *ius*

* Licenciada en Derecho y en Ciencias Políticas por la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB). Maestranda de Derecho Internacional Privado en la UBA, en fase de redacción de tesis sobre jurisdicciones extraterritoriales y lavado de dinero. Ha trabajado en investigaciones desarrolladas en el Instituto de Gobierno y Políticas Públicas de la UAB.

mercatorum propio del comercio medieval. El *Consolat de Mar* que estudiamos en el presente trabajo es un ejemplo sin parangón de esta clase de derecho, creado por los mismos comerciantes, sin intervención soberana y centrado en la autonomía de la voluntad como fuente reguladora de las relaciones jurídicas. Esta ausencia del poder público también se reflejaba en los métodos de solución de controversias que eran, así pues, de naturaleza arbitral (Fernández Rozas, 2000, p. 9).

En esa época, los hombres del mar se erigían como la única autoridad posible para regular los hechos de la navegación, legitimados por su conocimiento de la materia y de los usos y costumbres de la misma, en un contexto en que los textos jurídicos existentes, como el código justiniano, aparecían como absolutamente insuficientes y anacrónicos (De Montagut i Estragués, 1999, p. 205).

Resultan indudables los parecidos entre esta regulación y la actual *lex mercatoria*, que tanto se está desarrollando con el devenir de la globalización y el crecimiento de los vínculos comerciales internacionales.

Entrando a presentar concretamente nuestro objeto de estudio, la expresión *Consolat de Mar* denomina a dos elementos distintos, pero estrechamente relacionados del derecho mediterráneo de la Edad Media. Por una parte, el *Consolat* es un código que recopila normas del derecho marítimo y comercial que se aplicaban en todo el Mediterráneo. Por otra parte, recibían este nombre las instituciones encargadas de dirimir los conflictos que surgían en la navegación y el comercio marítimo.

El Código del *Consolat de Mar* tiene su origen en las costumbres marítimas de los navegantes y mercaderes primero de Barcelona y, posteriormente, de Mallorca y Valencia, básicamente (De Montagut i Estragués, 1999, p. 210-212), hecho por el cual vamos a centrar nuestro estudio en la historia del código y las instituciones del *Consolat* dentro de la Corona Catalanoaragonesa y, especialmente, de la capital catalana.

II. El *Consolat de Mar*

II.1. El código *Llibre del Consolat de Mar*

El libro del *Consolat de Mar* fue ampliamente conocido en todo el mediterráneo entre los siglos XIII y XIX (Moliné y Brasés, 1914, p. VII). El mismo se formó a mediados del siglo XIV recogiendo inicialmente las costumbres marítimas de Barcelona que obtuvieron vigencia en todos los

Consolats de Mar del mediterráneo (Gran Enciclopedia Catalana, n.d.¹, pár². 2).

Una demostración del amplio ámbito de aplicación del código, el cual lo hace equiparable a los actuales convenios internacionales de derecho privado, son las versiones que se han encontrado del mismo. Existen impresiones del texto en catalán, castellano, francés, italiano, latín, holandés, inglés y alemán (Moliné y Brasés, 1914, p. LXXXVIII-XCIII).

Elaboramos el estudio del código tomando la versión de 1494 editada por Francesch Celles, que en las copias posteriores se retoma habitualmente, en base a la edición de Moliné y Brasés de 1914 disponible en la Biblioteca Miguel de Cervantes (ver referencia en la bibliografía).

Portada de la edición del código de 1523

El código fue escrito por autores múltiples en épocas variadas, hecho por el cual rige en el mismo el desorden y la anarquía. El *Llibre del Consolat de Mar* está organizado en lo que en la versión original es llamado capítulos, pero que por su brevedad podemos equiparar a los actuales artículos.

En primer lugar, 297 capítulos regulan hechos de la navegación y mercantiles, así como el funcionamiento de los consulados de mar. En segundo lugar, del capítulo 298 al 334 se estipulan las ordenaciones de todo buque que se hiciera a la mar correspondientes al Código de Mallorca.



Fuente: Casa Llotja de Mar (n.d.), ejemplar mantenido en el Archivo Histórico de la Cámara de Comercio de Barcelona.

Posteriormente, encontramos los capítulos redactados en tiempo del rey Pere (1319-1387), que son un total de 40.

Seguidamente hay tres secciones más breves que tratan las ordenaciones de los consejeros

¹ En aquellas fuentes que no especifican año de publicación, se ha incluido la abreviación "N. D." (del inglés, *no date*).

² En aquellas fuentes que no están organizadas en páginas, se cita el número de párrafo con la indicación "pár".

de Barcelona por el consulado de Sicilia, las ordenaciones de los consejeros de Barcelona sobre hechos marítimos publicadas el 21 de noviembre de 1435 y el apartado de algunas leyes y ordenaciones llamadas de *recognouerunt proceres*.

A continuación, encontramos las ordenaciones de los consejeros de Barcelona sobre las seguridades marítimas, las cuales conforman un total de 25 capítulos. Posteriormente, están recogidos los capítulos y ordenaciones hechas por la corte del principado de Catalunya, con un total de 56 capítulos. Finalmente, el código presenta las ordenaciones del derecho del peso del señor rey y de qué manera se paga dicho derecho del peso, y otras ordenaciones finales. Observamos, en conclusión, un texto extenso que regula con detalle muchas situaciones puntuales que se daban en esa época en el comercio y la navegación del Mediterráneo.

II.2. Los Consolats de Mar del Mediterráneo

Este tipo de instituciones empezaron a aparecer en el mediterráneo a partir del siglo XI, en un primer momento en las costas italianas (Gran Enciclopedia Catalana, n.d., p. 2). En la baja edad media (siglos XIII, XIV y XV), Barcelona era un centro de actividad comercial de gran dinamismo, aunque las crisis eran habituales. Fruto de esta relevancia de la ciudad, se crearon diferentes instituciones para facilitar la actividad económica (Casa Llotja, n.d., p. 1).

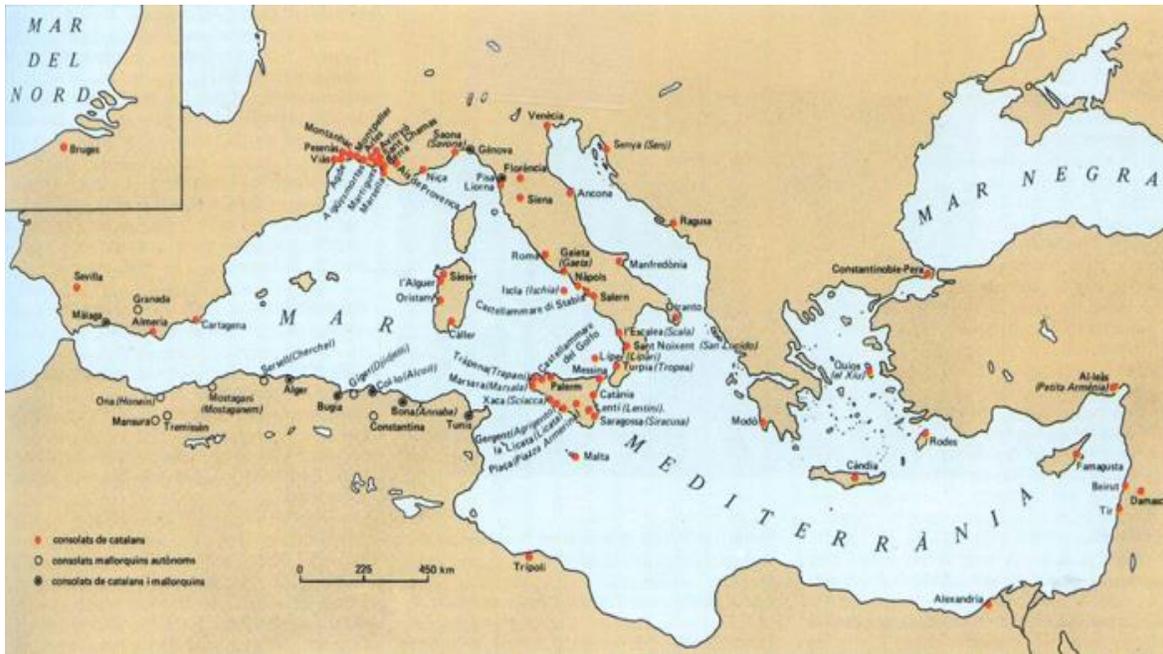
Una de estas instituciones fue la Universidad o *Consell de Prohoms* de la Ribera de Barcelona, la cual se creó en 1258 y en 1348 Pere III el Ceremonioso la rebautizó como *Consolat de Mar* de Barcelona (Casa Llotja, n.d., p. 2, y Gran Enciclopedia Catalana, n.d., p. 2).

El nacimiento de la institución lo encontramos cuando el rey Jaume I a mediados del siglo XIII le concede personalidad administrativa al organismo, que ya existía anteriormente, y aprueba las ordenanzas que los prohombres habían redactado para la defensa de los intereses del barrio marítimo barcelonés de la Ribera (De Montagut i Estragués, 1999, 211).

En la zona de la Corona de Aragón, después del de Barcelona, aparecieron los *Consolats* de Valencia en 1283 y Mallorca en 1326, puerto de gran importancia sobre todo en el comercio con África (Bestard, 2009, p. 2), los cuales siguieron las costumbres de Barcelona. En los siguientes dos siglos dichas instituciones se expandieron primero por los Países Catalanes y, con la incorporación de los mismos al Reino de Castilla, también a otras ciudades de la actual España, los cuales recibieron el nombre de Consulados de Mar y Tierra o Consulados de Comercio (Gran

Enciclopedia Catalana, n.d., pár. 2).

Ciudades sede de cónsules catalanes y mallorquines



Fuente: Gran Enciclopedia Catalana (n.d.), gráfico realizado por fototeca.cat.

A mediados del siglo XIV los consulados de la Corona de Aragón fueron transformados para afrontar la fuerte crisis social y económica general. De esta manera, los tres organismos se unificaron en el patrón del de Valencia (Gran Enciclopedia Catalana, n.d., pár. 2).

Los consulados resolvían las disputas que surgían en el comercio. En primera instancia tomaban las decisiones dos *Cònsols de Mar*, mientras que en apelación resolvía un Juez de Apelaciones. Si bien inicialmente resolvían sólo en determinadas cuestiones marítimas (por ejemplo, los sueldos de los marinos, los seguros o los naufragios), a partir de 1380 se ampliaron sus competencias a todas las causas marítimas y mercantiles (Gran Enciclopedia Catalana, n.d., pár. 2).

En los siglos XIV y XV se organizaron las corporaciones de mercaderes que se vincularon a los *Consolats*, ya que sus Consejos (conocidos como *Consells de la Mercaderia*) los presidían los cónsules quienes, a su vez, tenían el asesoramiento de los consejos en el ejercicio de su jurisdicción (Gran Enciclopedia Catalana, n.d., pár. 2).

II.3. El procedimiento de resolución de conflictos del *Consolat de Mar*

Actualmente, el *Consolat de Mar* de Barcelona sigue cumpliendo las mismas funciones históricas de resolución de conflictos en el ámbito del comercio y la navegación mediante el arbitraje y la mediación, según estipula la Ley 14/2002 de 27 de junio, catalana de cámaras oficiales de comercio, industria y navegación y del Consejo General de Cámaras (*Consolat de Mar*, n.d. a, p. 5), lo cual nos permite comparar el procedimiento tradicional de la Edad Media con el funcionamiento en nuestros días de la institución.

El libro del *Consolat del Mar*, en la versión que estudiamos, determina la forma de funcionamiento de dicho organismo en sus primeros diez capítulos. El texto se refiere particularmente al caso de Valencia, si bien entendemos que en los diferentes territorios donde llegó el código se pudo usar ese mismo procedimiento adaptado a las características e instituciones locales.

Observamos que actualmente el *Consolat de Mar* ofrece, además del arbitraje, una forma de resolución consensuada de conflictos que da menores potestades a los cónsules en favor de la autonomía de la voluntad, ya que el procedimiento es acordado libremente por las partes dentro de los límites legales (*Consolat de Mar*, n.d. b, p. 7).

El antiguo código indica que cada año, durante la tarde de la víspera de Navidad, los patrones y marinos de la ciudad elegían por unanimidad o por mayoría a dos cónsules con conocimientos sobre el mar y a otro más, también con conocimientos del mar, como juez de apelaciones (cap. I).

El día de Navidad los cónsules juraban ante la justicia civil de la ciudad que desarrollarían sus tareas en el *Consolat* con lealtad y fidelidad al Rey y con equidad, lo que el texto expresa literalmente como “que darán derecho al mayor como al menor y al menor como al mayor” (cap. II).

Después del día de Navidad los cónsules, junto con algunos hombres de mar, presentaban al juez de apelaciones al portavoz del procurador del reino o a su lugarteniente, frente al cual éste juraba cumplir con su cargo bien y con lealtad. Detalla el texto que así era costumbre elegir los cargos en base a los privilegios que el señor Rey daba a los hombres de mar (cap. III).

Los cónsules recibían al escribano que les pareciera más adecuado o, si les parecía suficiente, al que cumplió tal cargo durante el año anterior, y le encomendaban la escribanía del *Consolat*. El juez realizaría sus tareas con ese mismo escribano. Si en cualquier momento del año

los cónsules querían remover al escribano de su cargo, podían hacerlo y el mismo no tenía posibilidad de contestar ante dicha decisión (cap. IV).

El cargo de cónsul, así como el de juez, solamente se puede desarrollar durante un año, sin poder ser reelegidos al año siguiente, pero sí en años sucesivos. También puede ser elegido juez de apelaciones quien fuera cónsul el año anterior y, de la misma manera, puede el juez ser elegido cónsul al año siguiente (cap. VI).

Si por cuestiones personales, por tener que viajar o por enfermedad un cónsul o juez lo requería, podía delegar sus funciones en la persona que le pareciera adecuada, con el único requisito de que fuera una persona del arte del mar (cap. VII).

Hoy en día el funcionamiento del *Consolat* cuenta con un mayor número de miembros ya que lo forman su presidente, que lo es también de la Cámara Oficial de Comercio Industria y Navegación de Barcelona, y el denominado Consejo de los Veinte (en catalán, *Consell dels Vint*) los cuales son nombrados, como lo eran secularmente los cónsules, en base a su prestigio como personas conocedoras del comercio.

En efecto, la cláusula que la institución propone incluir en los contratos para aceptar su jurisdicción establece expresamente que el arbitraje, aun cuando fuera de derecho, no exigirá que el o los árbitros tengan la condición de abogados en ejercicio (*Consolat de Mar*, n.d. a, apartado "cláusula").

A continuación de los artículos explicados sobre la elección de los cónsules, el antiguo código desarrolla las cuestiones relativas al procedimiento de resolución de conflictos del *Consolat*.

Los cónsules resolvían las demandas que debían ser presentadas por escrito, basándose para su resolución en las costumbres del mar. De la demanda escrita se corre traslado a la parte demandada para que la responda en el tiempo que estipule el cónsul a cargo del caso. La respuesta a la demanda podía contener los motivos de defensa que hubiera y, eventualmente, una demanda de reconvencción.

La posibilidad de reconvencción sigue estando expresamente contemplada en el Reglamento actual, el cual también indica que la misma deberá estar contenida dentro de la contestación de la demanda por lo que, en este sentido, el procedimiento no ha variado, si bien ahora el plazo está estipulado en el texto reglamentario en quince días, sin que el árbitro sea quien lo determine como en la institución histórica.

Sigue el *Llibre del Consolat de Mar* exponiendo que, a su vez, el demandado debía responder a la demanda de reconvención y los motivos de defensa, y el contrademandante respondía a los motivos de defensa esgrimidos. El plazo para cada respuesta era de aproximadamente tres días, según consideraran los cónsules. Sobre las acusaciones que las dos partes negaban se concedía plazo para la prueba, si así lo pedían las partes, de diez días en primer lugar y, los posteriores plazos, también de diez días hasta un máximo de cuatro plazos. En caso de que tuviera que prestar testimonio una persona que se encontrara lejos, el plazo se concedía según la distancia que los separara del lugar donde iban a dar testimonio.

Actualmente el Reglamento da mayor autonomía a los árbitros estableciendo respecto a la prueba únicamente que “el tribunal arbitral tiene la más amplia discreción para aceptar o no las pruebas que le propongan las partes, así como para practicar todas aquellas que estime necesarias” (punto 25), mientras que antiguamente los cónsules quedaban atados a decidir solo en base a las pruebas presentadas por las partes.

Volviendo a la institución histórica, una vez se habían vencido los plazos y oído los testimonios, los cónsules asignaban el día a las partes para escuchar la sentencia que se dictara, lo cual no obstaba a que éstas luego hicieran otras alegaciones o que el proceso se declarase nulo. Antes o después de la publicación de las declaraciones de los testigos, cualquiera de las partes podía presentar cartas u otras escrituras públicas como prueba (cap. VIII).

Una vez publicadas las declaraciones de los testigos, los mismos no podían ser objetados por ninguna de las partes, ni por escrito ni de palabra. No obstante, si alguna de las partes alegaba que el testigo era pariente de aquel a favor del cual declaró, o enemigo de aquel contra quien declaró, o persona con algún mal vicio, la cuestión se decidía según el criterio de los cónsules y de aquellos a quienes pidieran consejo, teniendo en cuenta a los testigos y su fama y condición (cap. IX).

Asignada la fecha de la sentencia, los cónsules con el escribano se dirigían a los mercaderes de la ciudad, frente a los cuales leerían el proceso de los hechos sobre los cuales iban a recibir consejo. Lo mismo hacían luego frente a los hombres de mar de la ciudad. En caso de que los consejos de los mercaderes y los hombres de mar concordaran, daban sentencia al caso. Si no fueran concordantes sus opiniones, dictaban sentencia según el consejo de los hombres de mar ya que los mercaderes no tenían el privilegio del Rey (cap. X).

El que se sintiera agraviado por la sentencia podía apelarla durante un plazo de diez días. Las apelaciones, que debían contener los gravámenes, nulidades e injusticias por las que la parte se consideraba afectada, se remitían al juez de apelaciones, el cual llevaba a cabo el procedimiento con la presencia de los dos cónsules como testigos (cap. XI).

La sentencia se convertía en cosa juzgada si no era apelada, por escrito o de palabra, en un plazo de diez días. El que quisiera apelar debía presentarse frente al juez con el escribano del *Consolat* y exponer lo que corregiría de la sentencia. El juez, recibida la presentación, asignaba día para dictar la sentencia, fecha en que citaba a la parte apelada para que la oyera (cap. XII).

En la apelación no era posible añadir argumentos ni pruebas por ninguna de las partes. El juez, con el proceso principal y la apelación, frente a los cónsules recibía el consejo de éstos y dictaba sentencia de apelación (cap. XIII).

El apelante debía seguir el pleito de apelación, y si pasaban treinta días sin que preguntara sobre su caso, la apelación se consideraba desierta y la sentencia de los cónsules pasaba a ser cosa juzgada (cap. XIV).

El juez con el escribano recibía consejo sobre el pleito con mercaderes y hombres de mar, pero no con los mismos que dieron consejo en el caso principal. Si según el consejo consideraba la sentencia de los cónsules adecuada, procedía a confirmarla. Si consideraba que no era correcta, la revocaba o la corregía según el consejo recibido. La sentencia del juez no podía ser apelada (cap. XV).

En este punto, el actual Reglamento es diametralmente distinto al no aceptar recurso de fondo contra el laudo arbitral, sino únicamente aquellos referidos a cuestiones que requieran corrección, aclaración o complemento si hay cuestiones formuladas que no se han resuelto. Este tipo de solicitudes van a resolverse en un plazo de veinte días después de haber oído a las otras partes por un plazo de diez (punto 34).

Sigue el libro del histórico *Consolat de Mar* estableciendo que después de presentada la demanda podía ser presentada excepción declinatoria por el demandado. En ese caso, los cónsules conocían en primer lugar sobre la declinatoria. Y si recibían consejo de que el conocimiento del caso les atañía, forzaban al demandado a responderla, pero, en caso contrario, remitían a las partes al juez que debía entender de la causa (cap. XVI).

Los cónsules resolvían sobre todas las cuestiones referidas al precio del contrato de

transporte por mar y de daños en las mercaderías cargadas en la nave, de los marinos, de la construcción de naves, de los encargos hechos a patrón o a marinero, de promesa hecha por patrón o marinero y, en general, de todos los contratos que eran parte de las costumbres del mar (cap. XXII).

Los cónsules determinaban la ejecución de los bienes muebles del condenado, fuera en buques de mar o en otros bienes, en base a sus sentencias y a las del juez de apelaciones, a petición de la otra parte si el condenado, dentro de los diez días de dictada la sentencia, no pagaba la condena o mostraba los bienes que debían ejecutarle. Caso contrario, se ejecutaban los bienes cuya existencia era demostrada por la otra parte (cap. XXIII).

En caso de que el condenado no tuviera bienes muebles, pero sí bienes inmuebles, los cónsules escribirían a la justicia de la ciudad o del lugar donde los mismos se encontraban. Exponían el caso y su sentencia a la justicia respectiva y solicitaban que en su lugar hiciera ejecutar la sentencia sobre los bienes inmuebles del condenado, ya que no era costumbre que los cónsules intervinieran en ese tipo de ventas. La justicia del lugar de los bienes inmuebles actuaba únicamente como ejecutora de la sentencia según la forma del fuero de la ciudad o la costumbre del lugar donde estaban los bienes (cap. XXVI).

Especialmente interesante es este último inciso desde la óptica del derecho internacional privado. Observamos cómo se recoge, por una parte, el principio de que la jurisdicción sobre las cuestiones que afecten a los bienes inmuebles corresponde al juez del lugar de situación de los mismos. También se hace referencia a que dichos jueces resolverían según el derecho del lugar de situación de los inmuebles para realizar la ejecución, es decir, que el derecho aplicable era la *lex rei sitae*. Finalmente, el artículo incluye el principio iusprivatista del reconocimiento y ejecución de las sentencias judiciales extranjeras.

Hoy en día, en el ámbito europeo en los conflictos mediterráneos que involucren a países de la Unión Europea es aplicable el Reglamento 1215/2012 de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil el cual, en su artículo 24, igual que el texto del *Consolat de Mar*, determina la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales del lugar de situación del inmueble en caso de ejecuciones de sentencias que involucren a los mismos.

Se trata únicamente de un ejemplo que corresponde a la normativa que hoy se aplicaría a

algunos de los conflictos que en su momento resolvía el *Consolat de Mar*. Sin embargo, este principio referido a la jurisdicción para la ejecución de bienes inmuebles se encuentra muy extendido por la consideración del inmueble como fuertemente vinculado a la soberanía del estado sobre su territorio. El Código Civil y Comercial de la Nación argentina recoge el principio en su artículo 2609, el cual establece la jurisdicción exclusiva de los jueces del país en materia de derechos reales sobre inmuebles situados en la República (inciso a).

Por su parte, el principio de reconocimiento y ejecución de las sentencias judiciales extranjeras ha dado lugar a varios compromisos internacionales de alcance relevante. Por ejemplo, el mencionado Reglamento 1215/2012 de la Unión Europea o, en nuestro continente, la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de sentencias y laudos arbitrales extranjeros.

Se trata de diferentes muestras de la actualidad que tienen algunos principios del iusprivatismo internacional que ya estaban contemplados en el código de la Edad Media, lo cual pone de manifiesto la larga historia de la materia.

III. Conclusiones

El mar mediterráneo ha sido secularmente un espacio de intercambios culturales y comerciales, lo que llevó al surgimiento de una institución de complejidad jurídica como la que estudiamos. Ya antes del esplendor del Imperio Romano numerosos pueblos surcaban las aguas de ese mar buscando mercados para sus productos primarios y manufacturas.

Este código, así como la amplia extensión territorial en que el mismo fue aplicado de la mano de la creación de las instituciones consulares, demuestran la necesidad desde tiempos ancestrales del derecho internacional privado.

El Libro del *Consolat de Mar* tiene más de quinientos capítulos, de los cuales en el presente estudio hemos tratado poco más de veinte. Nos hemos limitado a las disposiciones sobre el funcionamiento y organización de los *Consolats de Mar*, así como al procedimiento que regía en los mismos para la resolución de conflictos.

Es destacable la actualidad que muestran ciertas disposiciones procesales y, sin duda, lo es también la extensión del texto por la amplia gama de situaciones de la navegación y el derecho marítimo que regula.

Su origen en la costumbre de los pueblos que tradicionalmente habían vivido del mar lo

convierte en un ejemplo para los defensores actuales de la *lex mercatoria*, al demostrar la raigambre histórica del derecho consuetudinario en el ámbito mercantil.

Si hace siglos los habitantes del mediterráneo debieron crear instituciones y regulaciones comunes, sin duda en la actualidad la profundización de los vínculos internacionales debido a la globalización hace patente la necesidad de avanzar en el desarrollo de la normativa iusprivatista local e internacional. Este proceso nos obliga a adaptar el derecho a la realidad transfronteriza, de tal forma que el iusprivatismo internacional sea protagonista de la regulación comercial por venir.

No obstante, esta nueva regulación debe superar el ámbito estatal. En el contexto actual donde la soberanía del estado nación se ve cuestionada por la fuerza de los procesos de regionalización, con la Unión Europea como máximo exponente de esta realidad, el derecho internacional privado también debe avanzar en forma regional o global. Como expresa Fernández Rozas (2000), cuando el ámbito de una materia alcanza al mundo entero, indefectiblemente la misma queda bajo la órbita de organismos internacionales, sean éstos de ámbito internacional o regional (p. 2).

La especial importancia de la regulación intergubernamental en el derecho marítimo la prueba, no solamente esta larga historia que mostramos, sino también el alcance prácticamente mundial de varias convenciones sobre la materia. La Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar firmada en Montego Bay en 1982 con 168 partes contratantes es el ejemplo paradigmático de esta realidad.

Actualmente, los conflictos entre comerciantes catalanes que se dan en el Mediterráneo son dirimidos, en última instancia, por el Tribunal Supremo español. Algunos casos que se han resuelto en los últimos años relacionados con el comercio marítimo internacional en este espacio, muestran también como las soluciones tienden a encontrarse en la aplicación de textos convencionales y no de la normativa iusprivatista interna.

Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo (STS) 3955/2008, que resuelve sobre el conflicto por daños producidos en la carga transportada por mar desde Lisboa hasta Rumanía mediante la aplicación del Convenio de Bruselas de 1924 sobre la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque. Por su parte, la STS 3139/2011, que versa sobre un conflicto similar, también es resuelta por aplicación del mismo convenio internacional.

Otro caso resuelto por el alto tribunal español con la aplicación de derecho internacional del

mar, esta vez fuera del ámbito mediterráneo, es la STS 3128/2011 donde se aplica el Convenio de Londres de 1976 sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo y el Convenio de Bruselas de 1910 sobre la unificación de ciertas reglas en materia de abordaje. En este caso se produjo un abordaje frente a la costa de Galicia entre un buque de Vigo y uno portugués que llevó al hundimiento del primero.

No podemos dejar de nombrar, por la relevancia que han tenido en los últimos años algunos desastres medioambientales por accidentes en el transporte de hidrocarburos por mar, los Convenios de responsabilidad civil de 1696 y el de creación del fondo de 1971, los cuales fueron actualizados con la Convención de 1992 y la Convención del mismo año de creación del fondo. Con la aplicación del Convenio de responsabilidad civil de 1992 el Tribunal Supremo por sentencia de 14 de enero de 2016 modificó el criterio de la Audiencia Provincial y condenó al capitán del buque *Prestige* como autor responsable de un delito imprudente contra el medio ambiente agravado y, como responsable civil por los daños causados, condenó al mismo, a la compañía aseguradora y al propietario registral. Además, condenó como responsable civil al fondo creado por el convenio mencionado.

Como observa Miguel Asensio (2001), la realidad actual hace patente que las relaciones juridicoprivadas internacionales requieren de fuentes de creación de derecho extraestatales, lo cual exige superar la tradicional técnica conflictual propia del derecho internacional privado del siglo XX (p. 5).

Las normas iusprivatistas estatales, si bien son indispensables para cubrir lagunas del derecho internacional, deben quedar relegadas a esta función secundaria y dejar paso a la aplicación de tratados internacionales que aseguren respuestas homogéneas y eviten la colisión entre los diferentes ordenamientos internos que puedan aplicarse a un mismo caso.

El *Consolat de Mar* es la demostración de cómo siglos atrás los pueblos comerciantes del Mediterráneo ya entendieron esta necesidad de establecer una regulación conjunta supraestatal.

Referencias bibliográficas:

- ARROYO, D. P. F. (2005). "El derecho internacional privado en el inicio del siglo XXI". En *Cuadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*, 1 (2), 209-227. Sitio web: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/download/52843/32781> [Consulta: 06/08/2016]
- BESTARD, B. (2009). "El edificio del Consolat de Mar". En *Diario de Mallorca*. 19 de abril de 2009. Sitio web: <http://www.diariodemallorca.es/palma/2009/04/19/edificio-consolat-marel-edificio-consolat-mar/455628.html> [Consulta: 06/08/2016]
- CASA LLOTJA DE MAR. (n.d.). *El Consolat de Mar de Barcelona*. Barcelona: Cambra de Comerç de Barcelona. Sitio web: <http://www.casalotja.com/el-consolat-de-mar> [Consulta: 06/08/2016]
- CONSOLTAR DE MAR. (n.d. a). *Arbitraje*. Barcelona: Consolat de Mar. Sitio web: <http://www.consolatdemar.org/CAS/arbitraje.htm> [Consulta: 06/08/2016]
- (n.d. b). *Presentación*. Barcelona: Consolat de Mar. Sitio web: <http://www.consolatdemar.org/CAS/presentacion.htm> [Consulta: 06/08/2016]
- DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (2001). "El Derecho internacional privado ante la globalización". En *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. I, 37-87. Sitio web: <https://eprints.ucm.es/6903/1/GLOBALDIPR2001.pdf> [Consulta: 06/08/2016]
- DE MONTAGUT I ESTRAGUÉS, T. (1999). "El "Libre del Consolat de Mar" y el ordenamiento jurídico del mar". En *Anuario de historia del derecho español*, 67, 201-218. Sitio web: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/134765.pdf> [Consulta: 06/08/2016]
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (2000). "El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización". En *Escriva. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, 5, 161-230. Sitio web: http://eprints.ucm.es/6869/1/EL_DERECHO_DEL_COMERCIO_INTERNACIONAL_EN_LA_GLOBALIZACION.pdf [Consulta: 06/08/2016]
- GRAN ENCICLOPEDIA CATALANA. (n.d.). *Consolat de Mar*. Barcelona: Enciclopèdia Catalana S.A.U. Sitio web: <http://www.enciclopedia.cat/EC-GEC-0171377.xml> [Consulta: 06/08/2016]
- MOLINÉ Y BRASÉS, E. (1914). *Les costums marítimes de Barcelona universalment conegudes per Llibre del Consolat de mar*. Publicado en Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Madrid: Fundación Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Sitio web: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/les-costums-maritimes-de-barcelona-universalment->

[conegudes-per-libre-del-consolat-de-mar--0/ \[Consulta: 06/08/2016\]](#)

Decisiones del Poder Judicial:

Tribunal Supremo Español. Roj: STS 3955/2008. Sala de lo Civil, Ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel. 16 de julio de 2008. Sitio web:

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=45668&links=&optimize=20080807&publicinterface=true> [Consulta: 11/03/2017]

Roj: STS 3128/2011. Sala de lo Civil, Ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel. 23 de mayo de 2011. Sitio web:

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6008041&links=&optimize=20110616&publicinterface=true> [Consulta: 11/03/2017]

Roj: STS 3139/2011. Sala de lo Civil, Ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel. 26 de mayo de 2011. Sitio web:

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6008052&links=&optimize=20110616&publicinterface=true> [Consulta: 11/03/2017]

Roj: STS 11/2016. Sala de lo Penal. Ponente Ana María Ferrer García. 14 de enero de 2016. Sitio web:

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7584120&links=prestige&optimize=20160127&publicinterface=true> [Consulta: 11/03/2017]

LA REGULACIÓN AMBIENTAL DE LOS SERVICIOS DE AGUA Y SANEAMIENTO EN ARGENTINA

Por Verónica L. Cáceres

Recibido: 27/02/2017.

Aceptado: 14/03/2017

RESUMEN:

El artículo contribuye al debate sobre la regulación ambiental de los servicios de agua y saneamiento en la República Argentina. La provisión involucra un derecho humano inalienable y un eslabón importante en el desarrollo económico. En el país las responsabilidades sobre dichos servicios corresponden a las provincias a excepción de la Ciudad de Buenos Aires y una parte de la provincia de Buenos Aires que están bajo la órbita del Estado nacional. Así también las provincias asumen la preservación, recuperación y conservación de los recursos naturales renovables y no renovables, mientras el Estado nacional acuerda parámetros mínimos para su protección. La regulación ambiental de los servicios adquiere importancia en el marco del deterioro de los cursos de agua e incluye, especialmente, la calidad del agua, los esquemas de precios, la medición del consumo, y los niveles de tratamientos de los efluentes.

PALABRAS CLAVE:

Servicios públicos, agua, regulación, ambiente

WATER AND SANITATION ENVIRONMENTAL REGULATION IN ARGENTINA

By Verónica L. Cáceres

ABSTRACT:

This paper contributes to the debate on the environmental regulation of water and sanitation services in Argentine Republic. Provision involves an inalienable human right and an important link in economic development. In the country, the responsibilities on these services correspond to the provinces with the exception of the City of Buenos Aires and a part of the province of Buenos Aires that are under the field of the national State. Also the provinces assume the preservation, recovery and conservation of renewable and non-renewable natural resources, while the national state agrees minimum parameters for its protection. The environmental regulation of services becomes important in the context of the deterioration of watercourses, and especially includes water quality, price schemes, the measurement of consumption, and the levels of effluents treatment.

KEYWORDS:

Public service, water, regulation, environment

LA REGULACIÓN AMBIENTAL DE LOS SERVICIOS DE AGUA Y SANEAMIENTO EN ARGENTINA

Por Verónica L. Cáceres*

I. Introducción

El acceso al agua y saneamiento conforma un derecho humano inalienable que tiene al Estado como su garante. El Poder Judicial en la República Argentina sentó jurisprudencia respecto a estos derechos mediante distintos fallos en algunas provincias en base a la adhesión del país al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.¹ En diciembre de 2014, la Corte Suprema de la Nación señaló que “el agua potable incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces”, determinó que no tiene que ser considerado como sumatoria de reclamos individuales y que, por su importancia, tiene que aplicarse el “principio de prevención y, aun en la duda técnica, del principio precautorio” (CSJ 42/2013 (49-K) *Recurso de hecho deducido por Aguas Bonaerenses S.A. en la causa Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros si amparo*).

El sector de agua y saneamiento conforma un campo estratégico para el desarrollo económico, con un claro impacto sobre el ambiente, la salud y condiciones de vida de la población. El origen de los servicios en el país se ubica en las últimas décadas del siglo XIX, luego de las epidemias fiebre amarilla que azotaron a varias ciudades y su construcción y promoción se efectuó con fuerte presencia del Estado. La trayectoria de los servicios desde entonces atravesó procesos de re-estructuración que incluyeron su descentralización y transferencia a las provincias, concesiones a capitales privados y re-estatizaciones.

* Doctora en Ciencias Sociales. Magister en Ciencias Sociales. Profesora Universitaria en Economía. Becaria Postdoctoral del CONICET con sede de trabajo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Investigadora-docente de la Universidad Nacional de General Sarmiento, Instituto de Desarrollo Humano, Área La economía: problemas del campo disciplinar y de su enseñanza. vcaceres@ungs.edu.ar

¹ Respecto a la provincia de Buenos Aires se destacan: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Trenque Lauquen, 6/10/2010, Florit Carlos Ariel y otros contra Provincia de Buenos Aires y Aguas Bonaerenses S.A. sobre amparo; Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 22/05/2013, “Kersich Juan Gabriel contra Aguas Bonaerenses S.A. y otros sobre amparo” y Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12/11/2013, “Conde, Alberto José Luis y otro contra Aguas Bonaerenses S.A. sobre amparo”.

El presente artículo contribuye al debate sobre la regulación ambiental de los servicios de agua y saneamiento en la República Argentina. Tiene como punto de partida el reconocimiento que el acceso al agua potable y el transporte de los efluentes para su tratamiento por las infraestructuras de redes, con regulación y control estatal, constituyen el modo más eficiente para la salud de la población y el ambiente.

Cabe destacar que la República Argentina es un país federal que tiene una institucionalidad ambiental que se fue constituyendo, con vaivenes, de forma contemporánea al debate internacional en los años setenta y cobró impulso en la década del noventa con la incorporación del derecho al ambiente sano en la Constitución Nacional.

Tras la reforma de la Constitución Nacional en 1994 se incorporaron innovaciones que apuntaron a fortalecer o “vigorizar” la forma federal de gobierno, entre las que se encuentra establecer que “corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio” (artículo 124) y que el Estado nacional dicta “las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales” (artículo 41).

La cuestión ambiental se conformó, siguiendo a Bidart Campos (1996), en una categoría especial de competencia concurrente, en la que tanto el Estado nacional como las provincias pueden sancionar normas y en ese sentido se habla de “federalismo concertado” (Gutiérrez, 2015, p. 174).

En el marco del creciente debate internacional sobre el ambiente, la reforma de la Constitución incorporó también, de forma trascendente, en su artículo 41 el “derecho al ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo”; y en su artículo 42 el derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios “a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno”.

Las jurisdicciones provinciales cumplen las principales funciones en materia ambiental que incluyen la preservación, recuperación y conservación de los recursos naturales renovables y no renovables, el control del impacto ambiental, la planificación del uso racional de los recursos, la promoción de actividades que eviten la degradación del aire, de los recursos hídricos, de los suelos, entre otras. Por su parte el Estado nacional tiene la responsabilidad ineludible de sancionar los

presupuestos mínimos en materia ambiental a partir de considerar los principios de congruencia; precautorio; progresividad; responsabilidad y el de sustentabilidad (Ley General del Ambiente N° 25.675).²

La regulación ambiental en los servicios de infraestructura en general y de agua y saneamiento en particular es una cuestión poco debatida en la literatura especializada, aunque, cada vez adquiere mayor relevancia y en la República Argentina involucra a los tres niveles de gobierno (nacional, provincial y municipal).

La responsabilidad sobre los servicios corresponde a los niveles subnacionales desde 1980 cuando fueron descentralizados de la órbita de la histórica Obras Sanitarias de la Nación (OSN) y transferidos a las provincias y estas, en algunos casos, a los municipios. Hasta entonces las provincias no contaban con experiencia en la gestión de los servicios, salvo excepciones como la provincia de Buenos Aires que construyó y gestionó los servicios en una parte importante de su territorio desde fines del siglo XIX (Cáceres, 2016 a). Desde la descentralización, las provincias asumieron la gestión de los servicios en el país con distintas modalidades y prestatarias que incluyeron organismos provinciales centralizados, descentralizados, empresas locales, cooperativas, etc. El único territorio que no se transfirió fue la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y actualmente 22 municipios del denominado Conurbano Bonaerense que se mantienen en jurisdicción actual del Estado nacional³.

Cada una de las provincias establece mediante leyes o decretos del Poder Ejecutivo Provincial regulaciones sobre la gestión del agua y de los servicios, en este último caso mediante los marcos regulatorios sectoriales.

Asimismo desde 2002 en lo que concierne a la gestión del agua a nivel nacional se encuentra sancionada la Ley N° 25.688 de Gestión Ambiental de Aguas que acuerda los

² Se sancionaron en Argentina las siguientes leyes de presupuestos mínimos: la Ley 25.675 Ley General del Ambiente, la Ley N° 25.612 de Residuos Industriales, Ley N° 25.670 de Gestión y eliminación de PCB, Ley N° 25.688 de Gestión Ambiental de Aguas, la Ley N° 25.831 de Acceso Libre y Gratuito a la información pública ambiental; Ley N° 25.916 de Gestión de Protección Ambiental para la Gestión Integral de Residuos Domiciliarios, Ley N° 26.331 de Protección Ambiental de los Bosques Nativos, Ley 26.562 de Protección Ambiental para Control de Actividades de Quema en todo el territorio nacional, Ley 26.639 de Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial, Ley 26.815 de Manejo de Incendios Forestales y Rurales y Ley 27.279 de Protección Ambiental para la Gestión de los Envases Vacíos de Fitosanitarios.

³ Actualmente Almirante Brown, Avellaneda, Esteban Echeverría, Ezeiza, La Matanza, Lanús, Lomas de Zamora, Morón, Quilmes, San Fernando, San Isidro, San Martín, Tres de Febrero, Tigre, Hurlingham, Ituzaingó, Morón, y Vicente López. Recientemente se sumaron por convenio Escobar, San Miguel, José C. Paz, Malvinas Argentinas y Presidente Perón.

presupuestos mínimos que protegen los distintos usos del agua, incluyendo el abastecimiento doméstico. Es de destacar que la misma aún no ha sido reglamentada.

La investigación que sustenta el artículo se basó en una metodología cualitativa que enfatizó en la observación documental indirecta para el análisis de las normativas (generales y ambientales) y otros documentos relevantes del sector de agua y saneamiento. A lo largo del artículo se presentan las características generales que tienen los servicios de infraestructura y dentro de ellos, las particularidades de los servicios de agua y saneamiento y su regulación ambiental. En este sentido se discute la regulación y el encuadre institucional vigente en el país y se presentan las conclusiones.

II. Características generales de los servicios de infraestructura

Los servicios de infraestructura se caracterizan por contribuir a sustentar el desarrollo económico, a la integración del territorio y a la calidad de vida de la población y protección del ambiente. Así se incluyen los servicios de agua y desagües cloacales, de telecomunicaciones, transporte y distribución de gas natural y en redes, producción y distribución de gas envasado; generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, transporte ferroviario (pasajeros y carga), por vías fluviales y por caminos; servicios postales, aeroportuarios y transporte aerocomercial (Forcinito y Nahón, 2005).

En ese sentido estos servicios asumen un carácter estratégico para la economía nacional y el Estado establece una serie de normas que regulan su prestación, es decir no son actividades regidas meramente por las leyes del mercado. Corrales (1998) entiende a la regulación “como una de las formas de intervención estatal cuyo fin es orientar la acción y decisiones de los agentes privados en beneficio de intereses sociales”. Siguiendo a Nahón (2007), el Estado en tanto titular de los servicios puede optar por proveerlos en forma directa o indirecta, delegando en forma temporaria la prestación (concesión), venta de activos (privatización), o formas mixtas. En cualquiera de las opciones requiere considerar que sean prestados de manera regular, uniforme, general y continua.

Así estos servicios constituyen un campo en el que puede examinarse también la forma en que las personas y los hogares satisfacen las necesidades, “los problemas y conflictos que se generaran en el modo de producción, distribución y consumo, la relación entre el rol del Estado y las

inversiones privadas en la satisfacción de esas necesidades y la construcción del espacio urbano” (Grippe y Visciarelli, 2005, p. 15).

Los principios de generalidad, igualdad, regularidad, continuidad y obligatoriedad describen rasgos que caracterizan la prestación de los servicios de infraestructura. La generalidad refiere a que los servicios tienen que alcanzar a toda la población, por lo que no se puede negar los servicios, por ejemplo, por la condición social o económica de los usuarios. En estrecha relación con lo anterior, la igualdad da cuenta que “...todos los habitantes tienen derecho a gozar del servicio y se comprende en una característica que a veces se menciona aisladamente: la igualdad o uniformidad, por imperio de la cual todos tienen derecho a exigir el servicio en igualdad de condiciones” (Gordillo, 2003, p. 34).

La regularidad refiere a que los servicios tienen que ser prestados en conformidad con las regulaciones económicas, ambientales y sanitarias específicas, acordados por las agencias regulatorias. Por último, la obligatoriedad impide a las empresas proveedoras a efectuar discriminaciones entre los usuarios.

Asimismo en términos económicos los servicios de infraestructura presentan como características la presencia de economías de escala, de alcance, de red y aglomeración. Las economías de escala suponen que se observa una disminución progresiva del costo medio y marginal cuando aumenta la producción, lo que implica que la demanda sea atendida mediante un solo prestador ya que sus costos siempre son más bajos que con dos o más prestadores; las economías de alcance (o de ámbito) incluyen los beneficios que las prestadoras de los servicios obtienen por la explotación de una misma infraestructura; y las economías de aglomeración están relacionadas a la concentración territorial de la demanda y la densidad poblacional, lo que propicia “la disminución de los costos medios conforme la demanda se concentre en un territorio determinado y aumente la densidad poblacional” (Rozas Balbontín, 2014, p. 12). Las economías de red tienen lugar cuando la demanda individual depende positivamente del número de consumidores que hayan comprado el bien o servicio previamente. Estas economías, siguiendo a Forcinito (2005), funcionan como barreras naturales a la entrada en la medida en que hacen más costoso el ingreso al mercado.

La literatura destaca que cuando las economías de escala son muy grandes puede resultar conveniente -desde el punto de vista del costo mínimo de producción- que una sola empresa

abastezca todo el mercado, en función del tamaño del mismo. Este es el caso de un monopolio natural, situación que se da en los servicios de agua y saneamiento, en tanto por sus:

“características técnicas intrínsecas, los costos totales de producción son menores cuando ella está a cargo de un único proveedor del servicio que cuando se divide entre dos o más proveedores. De este modo, el ingreso al mercado de un nuevo prestador no es rentable y —en consecuencia— el hecho de que el servicio en un área geográfica esté en manos de un único proveedor resulta más eficiente” (Hantke-Domas y Jouravlev, 2011, p. 29).

En líneas generales los servicios de infraestructura involucran elevados requerimientos de inversiones fijas, costos hundidos importantes, y tienen una demanda relativamente inelástica ante las variaciones de los precios, en especial en el caso de agua y saneamiento.

La regulación pública atenta al poder monopólico u oligopólico que caracteriza a los servicios de infraestructura resulta central a fin de garantizar, por un lado el acceso por parte de toda la población; y por otro la protección del ambiente.

Los servicios de infraestructura se encuentran alcanzados, como ya señalamos, por los principios que establece la administración pública (generalidad, regularidad, etc.), así como por los “incentivos macroeconómicos” generales que afectan los precios relativos de la economía (la tasa de interés nacional e internacional, los niveles salariales, el tipo de cambio real) y el grado de apertura de la economía, la política impositiva y por componentes microeconómicos y meso-económicos de cada sector (Forcinito, 2016, p. 4).

En lo que concierne a los componentes microeconómicos y meso-económicos de cada sector, la regulación económica activa por parte del Estado se observa, por un lado, en el control total o parcial de la fijación de precios y de los patrones de calidad de los servicios para proteger a los usuarios del abuso de poder de mercado y evitar la apropiación de beneficios extraordinarios y garantizar la transferencia de los incrementos de productividad al nivel de precios; y por otro, la implementación de mecanismos específicos tendientes a garantizar la universalización (Forcinito, 2016, p. 5). A su vez esta regulación tiene un componente antimonopólico referido a la intervención pública en la estructuras de mercado y propiedad del capital de los sectores que apunta a limitar el poder monopólico y las prácticas abusivas (Forcinito, 2016, p. 5).

Cabe destacar que, en líneas generales, la regulación económica de los servicios tiende a descuidar la arista ambiental que gana mayor relevancia en la medida que se tornan evidentes los

impactos de, por ejemplo, la ineficiencia de los tratamientos de efluentes y la contaminación y deterioro de las fuentes de abastecimiento en el caso del agua.

III. Los servicios de agua y saneamiento

Los servicios de agua y saneamiento involucran un tipo de servicios cuya prestación demanda de un conjunto complejo de infraestructuras críticas porque forman parte de los servicios urbanos provistos mediante redes físicas con prestaciones colectivas que ofrecen, como plantea Mutuberría Lazarini (2007), medios para la producción y reproducción de la vida y la satisfacción de necesidades indispensables

La conformación de las redes en un territorio es el resultado de la interacción de un entramado heterogéneo de actores estatales, sociales y agentes económicos locales y transnacionales. La instalación de las mismas es un paso previo para el funcionamiento de los servicios (de distribución de agua potable y también la evacuación y recolección de efluentes) y el usufructo de los mismos requiere la conexión de los hogares a los mismos.

Se trata de servicios que conforman dos monopolios naturales diferenciables que resultan, por un lado, de las redes de tuberías, drenaje y la depuración de los residuos; y por otro, de las grandes obras de potabilización del agua y de los acueductos.

Si bien las redes físicas mediante las cuales se prestan los servicios tienen características similares a otros servicios de infraestructura como el gas, en el caso en cuestión, los costos de interconexión son elevados por lo que además de monopolios naturales se trata de monopolios locales. La interconexión es necesaria en áreas donde no existen fuentes de agua para ser utilizadas o las mismas se encuentran altamente contaminadas (por origen antrópico o natural), por lo que se requiere de acueductos que transporten agua de otras áreas, y en este caso, la interconexión de los dos polos de un acueducto de agua es más costoso que, por ejemplo, "interconectar una red eléctrica" (Ferro, 2008, p. 21).

Asimismo el carácter de monopolio natural se sostiene en la presencia de economías de escala, que en la literatura especializada se reconoce que tienden a estar en mayor o menor medida en los procesos de las empresas de esta actividad.⁴ Se trata de servicios que tienen economías de escala de largo plazo respecto a las obras (dado que en el corto plazo las redes y plantas están fijas

⁴ Véase Rozas Balbontín y Bonifaz, (2014), Hantke-Domas y Jouravlev (2011), Ferro (2008), etc.

y los costos unitarios de inversión “pueden ser hasta ocho veces mayores” en prestadores pequeños en comparación con más grandes); y economías de escala de corto plazo en la operación y administración (que incluye la gestión y racionalización de los recursos comunes de dirección superior, gerencia general, administración, contabilidad, finanzas, gestión de los reclamos, costos de software, etc.) (Hantke-Domas y Jouravlev, 2011, p. 27).⁵

Las características brevemente señaladas explican los importantes volúmenes de inversión que demandan la instalación de las infraestructuras de redes necesarias para la prestación de los servicios que representan una parte importante de los costos de las prestadoras que se ubican por encima de otros servicios de infraestructura (Rozas Balbontín y Bonifaz, 2014).

Por último se observan en los servicios de agua y saneamiento externalidades⁶ positivas en relación a la producción y el valor de su insumo central (agua); en la calidad de los productos (efluentes) que se envían al ambiente; y de consumo en tanto existe una desventaja para aquellos sectores que no tienen acceso, especialmente en las condiciones sanitarias (Malabarba, 1998).

IV. La regulación ambiental de los servicios de agua y saneamiento

La prestación del servicio de agua incluye las siguientes fases: su captación, almacenamiento, producción de agua potable, su transporte a través de acueductos troncales, la distribución en el territorio y usuarios a través de las redes y su comercialización. En tanto la producción del servicio de agua genera desechos, el servicio de cloacas incluye la colección a través de redes subterráneas que los transportan fuera de las viviendas, los tratamientos y disposición de los líquidos así como la comercialización de los subproductos derivados. Es de destacar que el 75% del agua utilizada retorna al sistema con menor calidad, la resolución del saneamiento demanda de agua y cuando se expanden, por ejemplo, solo el servicio de agua al clausurarse las instalaciones

⁵ Las economías pueden aprovecharse cuando en territorios con similares características actúa un mismo operador o cuando existiendo distintos operadores se promueve la coordinación y colaboración sobre inversiones, planificación, etc.

⁶ Es de destacar que las externalidades pueden ser positivas y negativas y se definen como decisiones de consumo, producción e inversión que toman distintos actores y que afectan a terceros que no participan directamente en esas transacciones. Estas “producen efectos indirectos que repercuten en las oportunidades de consumo y producción de terceros, pero el precio del producto no refleja esas externalidades. Por ende, las rentabilidades y los costes privados son diferentes de los que asume la sociedad en su conjunto”. Disponible en <http://economy.blogs.ie.edu/archives/2011/02/%C2%BFque-son-las-externalidades.php>

Última consulta 19/01/16

alternativas de provisión (como ser las perforaciones domésticas) con el tiempo los niveles freáticos ascienden produciendo problemas serios que se evidencian en las inundaciones de desechos en los subsuelos y en el hecho que las instalaciones alternativas que posibilitan el saneamiento (fosas sépticas) se colapsan con mayor frecuencia (Abihaggle y Day, 2004).

En líneas generales puede decirse que el principal recurso (agua cruda) es captada para la prestación del servicio de una fuente natural, mayormente superficial (como en el caso del Río de la Plata) o subterránea (como el acuífero Puelche).⁷ Posteriormente el agua es transportada a las plantas de tratamiento donde se lleva adelante la producción del agua potable (que significa la eliminación de contaminantes hasta que adquieran determinados parámetros de calidad).⁸ La distribución se efectúa mediante un conjunto de infraestructuras de redes (ductos principales, red de reticulación (mediana y pequeña), estaciones de bombeo y reservorios locales) a través de la gravedad (cuando la geografía del lugar lo permita) o por bombeo. En los casos en que las fuentes de abastecimiento estén distanciadas del área de distribución, la prestación del servicio puede requerir además la construcción de importantes acueductos. La fase de la comercialización del servicio incluye las actividades de emisión de la facturación y de cobranza, la lectura de los medidores en los usuarios con servicio medido, el seguimiento de las fallas y los reclamos de los usuarios. Lo cual demanda tecnologías de gestión comercial, técnicas de marketing y el conocimiento profundo del servicio.

Por otro lado, la colección de desagües cloacales incluye su transporte mediante infraestructuras desde los usuarios hasta las plantas de tratamiento que utilizan redes, grandes conductos, estaciones de bombeo y estructuras de contención de desbordes y pueden ser transportados por gravedad o energía eléctrica.

Por lo señalado adquiere relevancia que la regulación del sector evite la dispersión de normas, las imprecisiones técnicas, la superposición de regulaciones o de regulaciones de difícil cumplimiento, especialmente cuando establecen plazos que para realizar modificaciones

⁷ Por acuífero se entiende “aquella formación geológica saturada de agua que es capaz de almacenar y permitir la circulación del agua en cantidades significativas” (Herrero y Fernández, 2008, p. 223). Según su presión hidrostática, los acuíferos se clasifican en libres, freáticos o no confinados, cautivo artesiano o confinado, semiconfinado o filtrante, y acuífero libre.

⁸ De acuerdo a cual es la fuente de captación de agua se intensifica el uso de distintos recursos: productos químicos en el caso de agua superficial y de energía eléctrica en el caso que sea subterránea. Estos inciden en los costos de producción y en situaciones de financiamiento discontinuo o insuficiente puede impactar negativamente en la calidad del agua que se distribuye a los usuarios.

importantes. En tanto cuando se acuerdan las reglas de juego en el sector estas “tienen que ser claras, accesibles, transparentes y, fundamentalmente, aplicables a todos” en tanto “si no existe un cuadro normativo y un régimen legal suficientemente claro y explícito que no favorezca distorsiones y que no produzca incertidumbres, el ejercicio de las funciones regulatorias, va a ser mucho más dificultoso” (Malabarba, 1998, p.77).

La regulación y control de la prestación de los servicios tiene como finalidades: (i) garantizar la sostenibilidad del servicio desde el punto de vista social, medioambiental, técnico y económico; (ii) determinar los incentivos adecuados de manera que la prestación propenda a la eficiencia, entendiendo por ésta la minimización de los costos de largo plazo de la prestación; (iii) lograr mayor eficiencia y equidad social, asegurando que las economías que se generen serán transferidas a la comunidad vía reducción de tarifas y aumento en la calidad del servicio prestado y mayor acceso de la población no servida; (iv) incentivar y responsabilizar al prestador y a sus directivos del cumplimiento de los objetivos y metas comprometidos, ajustado a principios de debida diligencia, buena fe y obligación de eficiencia; y (v) prever incentivos para que los usuarios hagan un uso racional del servicio (Ordoqui Urcelay, 2007).

Puntualmente la regulación ambiental de los servicios de agua y saneamiento requiere contemplar: a) la calidad, b) los esquemas de precios, c) los niveles de medición del consumo y d) los niveles de tratamientos de los efluentes.

La calidad física, química, biológica y toxicológica del agua que las empresas prestatarias distribuyen en las redes es un elemento importante de la regulación ambiental con fuerte incidencia en la salud de la población. Desde hace más de dos décadas mediante las Guías para la calidad del agua potable, la Organización Mundial de la Salud explica los requisitos necesarios para garantizar la inocuidad del agua, incluidos los procedimientos mínimos y valores de referencia específicos, y el modo en que deben aplicarse tales requisitos. El agua potable de acuerdo a la Organización Mundial de la Salud (2006) es agua que no ocasiona ningún riesgo significativo para la salud, es adecuada para todos los usos domésticos habituales, incluida la higiene personal y aplicable al agua envasada y al hielo destinado al consumo humano. El estado de las fuentes de abastecimiento tiende a condicionar la calidad del agua que las empresas distribuyen. En este sentido avanzar en la gestión integrada y preventiva de los recursos hídricos, con participación de los distintos actores promueve mayores garantías a la calidad del agua de consumo.

Los esquemas de fijación de los precios a través de la determinación directa o indirecta de la tasa de ganancia apuntan a mantener la sustentabilidad de la prestación como la inversión en capital fijo que posibilite el mantenimiento y expansión de las infraestructuras tendientes a incorporar a la población desabastecida (Azpiazu y Forcinito, 2004). Ciertamente el régimen tarifario

“depende de factores sociales, económicos, de fuentes, etc. pero en definitiva, lo que se busca es que la facturación resultante produzca los ingresos suficientes para solventar los gastos de operación, mantenimiento, amortizaciones, depreciaciones y beneficios de la empresa, asociado a una tarifa acorde con el poder adquisitivo de la población” (Savid, 1997, p. 36).

La política tarifaria, como señala Núñez (2011), tiende a distribuir los costos (fijos y variables) de la prestación, mantenimiento y expansión de los servicios entre los distintos usuarios (residenciales y no residenciales, por ejemplo) y al nivel medio de la tarifa que refiere al nivel de recuperación de los costos.

En general los niveles tarifarios del sector se encuentran limitados jurídicamente por el principio de razonabilidad tarifaria que involucra una tasa de ganancia equivalente a la que rige para otras actividades de riesgo similar, cualquiera sea el sistema que se utilice (Solanes, 1999). Los esquemas regulatorios son el price cap (precio tope), la tasa de retorno (costo del servicio) y esquemas mixtos o híbridos⁹.

Más allá de lo señalado, desde nuestra perspectiva, los Estados cumplen funciones ineludibles en la prestación de los servicios, como garantes del derecho humano al agua y el saneamiento¹⁰, y en las formas de financiamiento de las inversiones y en las tarifas de los servicios.

⁹ Esquema *Price cap* (precio tope) que prevé la fijación de un precio base máximo (acordado por el poder concedente) el cual otorga a la empresa una ganancia razonable; el mismo se ajusta en forma periódica con la aplicación de un índice de precios domésticos (que tiende a reflejar las variaciones de los costos) al cual se le sustrae un factor de eficiencia con el propósito de transferir a los usuarios y consumidores los incrementos de productividad de la empresa y luego de un periodo de realizan revisiones tarifarias dónde esas ganancias se trasladan a los usuarios. Ciertamente los cambios tecnológicos en el sector no son tan relevantes como en otros (por ejemplo en telecomunicaciones).

Tasa de retorno (costo del servicio) que refiere a la determinación por parte del poder concedente de la rentabilidad sobre el capital invertido para el prestador. Lo que genera que se trasladan a las tarifas los incrementos de costos relevantes y mantiene constante la rentabilidad del prestador (Saravia, 2010). Este mecanismo, al mantener establece la tasa de rentabilidad, tiene como ventaja central la corrección del sesgo a la desinversión que caracteriza a las empresas del sector en tanto proporciona estabilidad a la tasa de rentabilidad sobre el capital empleado de largo plazo (Vickers y Yarrow, 1991).

Mixto o híbridos que representa a un tipo de mecanismo que recupera o combina el *price cap* con incrementos por la variación de costos.

¹⁰ Reconocido el 28 de julio de 2010 por la Resolución 64/292 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Estas últimas tienen que tener fuerte regulación y control del Estado y la sociedad civil por el poder monopólico que tienen las empresas, por la esencialidad de los servicios, por ser la sensibilidad de la demanda a las tarifas muy baja (es decir por observarse inelasticidad de la demanda-precio que implica que fuertes aumentos (o bajas) en la tarifa no tienen igual correlato en la reducción del consumo).¹¹

Los elevados costos que demandan la expansión de las infraestructuras no pueden ser utilizados como excusa para no ampliar los esfuerzos tendientes a garantizar los servicios a todos los sectores de la población, especialmente considerando la regresiva distribución del ingreso que afecta a los países de la región incluida la República Argentina. Por lo que, las tarifas requieren mantener relación con los ingresos de la población usuaria y recurrir cuando se considere conveniente a esquemas de subsidios cruzados entre tipo de usuarios residenciales y no residenciales, entre zonas geográficas, etc. Lo que implica que los sectores que tienen mayores ingresos relativos y aquellos que utilizan el agua como factor o recurso de la producción realicen mayores esfuerzos económicos para garantizar la sostenibilidad de la producción, mantenimiento y expansión de los servicios. Este esquema no es incompatible con la inclusión de programas de subsidios a hogares en situación de vulnerabilidad (pobreza, discapacidad, etc.).

La literatura especializada realza también la importancia de la medición del consumo de agua como un elemento que tiende a concientizar sobre el derroche del recurso. En este sentido propone que las tarifas asociadas a los servicios sean por medición y no por consumo presunto por metro cuadrado construido u otras fórmulas catastrales. El agua no contabilizada es un problema persistente en los servicios por redes en tanto es agua captada, potabilizada, almacenada y distribuida, pero que se pierde o no se contabiliza. Ress y Roberson (2016, p. 2) explican que si las tuberías nunca perdieran agua “el volumen total de agua debería ser igual al volumen de agua que llega, y que sería facturado con precisión a sus consumidores; sin embargo esto nunca ocurre”. Algunos estudios señalan que a nivel mundial un 34% de toda el agua mundial no es contabilizada (Patente, 2014), pero la situación es heterogénea entre regiones geográficas.

Cabe destacar que la adecuada valoración del agua no contabilizada demanda la medición de la producción de agua mediante macromedidores de caudal y la medición del consumo y de otros

¹¹ La elasticidad precio de la demanda mide el grado de respuesta de la cantidad demandada de un bien, ante el cambio en el precio de ese mismo bien. Se define como el cambio porcentual en la cantidad demandada dividido el cambio porcentual en el precio. Fuente: <http://www.zonaeconomica.com/elasticidad-precio-demanda>

usos mediante medidores en las conexiones y puntos de uso (Schifini, 2008). Por lo que, la reducción del agua no contabilizada requiere de programas de intervención en las redes, la cuantificación del agua que se utiliza en operaciones que no se registran, la actualización de los registros de clientes, la instalación de medidores y regímenes tarifarios basados en la medición.

Ciertamente el estado de las infraestructuras incide en las condiciones de prestación de los servicios y en las posibilidades de expandir el acceso. El nivel de pérdida de los recursos en las redes, sea por razones físicas o comerciales, es un tema relevante porque se trata de un recurso estratégico, en cuya potabilización se utilizan insumos y porque podría distribuirse a otros sectores que aún no tienen acceso.

Las razones físicas son producto de las pérdidas o salidas de agua por desperfectos o problemas de funcionamiento en las redes de distribución (debido al mal estado de los ductos, redes y conexiones domiciliarias) que pueden ser visibles (y fácilmente detectables) o no visibles (y complejas de detectar); así como por algunas operaciones normales no registradas (usos de agua para incendios, por ejemplo) y errores de medición de caudales y consumos. Las razones comerciales derivan de insuficiencias en la gestión de usuarios y en la medición (usos del recurso por consumidores no registrados y usos clandestinos del agua) (Schifini, 2008).

Desde una mirada que privilegia sólo la ecuación económica financiera la medición del consumo “no es algo recomendable de manera universal” sino que tiene que comparar el costo marginal con el ingreso marginal, considerando “cuanto se gana y pierde con la opción” (Ferro, 2008, p. 18). Más allá de lo cual entendemos que la medición no tiene que considerar sólo los aspectos económicos sino la importancia que adquiere en materia de promoción del consumo responsable, protección del recurso y solidaridad intergeneracional. Es decir considerar la eficiencia social y ambiental de los servicios.

Cabe destacar que los recursos financieros son esenciales para que las prestatarias de los servicios puedan aspirar a llevar adelante las actividades que tienen a su cargo y cumplan con las funciones asignadas. Estos recursos contemplan fuentes propias y externas y asumen un grado de criticidad importante por las características estructurales (ya que requieren una proporción de costos fijos elevados respecto de los totales y demanda de fuertes gastos de mantenimiento). Esto implica inversiones en capital fijo que no pueden reasignarse luego a otros sectores, que tienen una lenta recuperación en infraestructuras con una vida útil larga. Esta situación realza la importancia de la

planificación en el sector y de la continuidad de las obras más allá de los cambios de gobierno. En general

“los sistemas centralizados de distribución de agua son costosos entre otros motivos porque requieren potabilizar todo el agua que se distribuye domiciliariamente cuando sólo una pequeña fracción de la misma será utilizada para consumo humano, también alientan un alto consumo per cápita por obsolescencia y mal mantenimiento y padecen crónicos déficits de recursos para mantener y ampliar los servicios existentes” (Solo, Gutman y Dascal, 1990, p. 5).

Puntualmente, en relación con las empresas prestatarias y en lo que concierne a las inversiones vinculadas al mantenimiento de las instalaciones y expansión de las infraestructuras es importante el régimen tarifario vigente. Los recursos endógenos de las empresas se vinculan directamente con las tarifas. La literatura destaca que el financiamiento de los costos de los servicios a través de las tarifas cumple tres funciones: reduce la presión sobre los recursos públicos; genera incentivos para “mayor eficiencia empresarial al crear una relación directa entre los ingresos y servicios prestados; y otorga señales sobre el costo real de los servicios “incentivando su uso más racional” (Fernández, 2009, p. 32).

Por último, el tratamiento de los líquidos incluye la remoción de lodos o biosólidos, y su comercialización, las tareas de facturación y cobranza, el seguimiento de los reclamos de los usuarios y la venta de los subproductos derivados. Evitar que los efluentes lleguen a los cursos receptores, sin tratamiento o con tratamiento deficiente, conforma un elemento relevante que los marcos regulatorios de los servicios requieren contemplar para evitar la contaminación física, química, bioquímica, biológica y radioactiva de los cursos y cuerpos de agua receptores. Núñez (2013) destaca que el tratamiento de los efluentes persigue evitar daños a los abastecimientos públicos, privados e industriales de suministro de agua; a las aguas destinadas a la recreación y el esparcimiento; a las actividades piscícolas; perjuicios a la agricultura y depreciación del valor de la tierra e impacto al entorno ecológico.

V. La situación regulatoria e institucional de los servicios de agua y saneamiento en la República Argentina

Los servicios de agua potable y saneamiento involucran un derecho humano inalienable que adquirió notoriedad en el debate académico a la luz de los procesos de descentralización, de

concesiones a capitales privados y re-estatizaciones que afectaron al sector desde las últimas dos décadas del siglo XX.

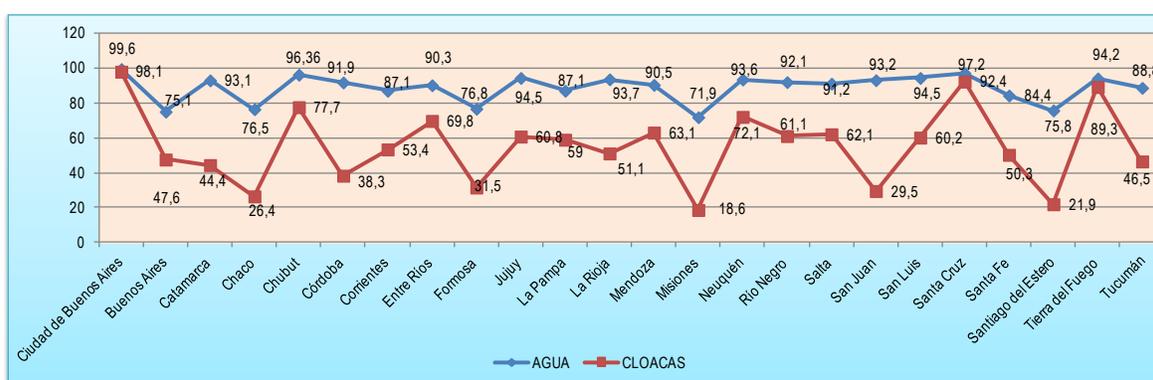
Hasta el momento, en este artículo, señalamos las características generales de los servicios de agua y saneamiento, para continuar cabe preguntarse cómo es su situación regulatoria e institucional en la República Argentina. En este sentido en las distintas jurisdicciones del país, los servicios son gestionados por empresas que se ocupan de la prestación de los servicios (que incluye la operación, mantenimiento de las instalaciones, expansión y mejoras de los servicios). Así se destacan, mayormente, una empresa principal que presta los servicios en el área central de las jurisdicciones y otras de menor importancia relativa que lo hacen en las periferias u áreas rurales.

En un trabajo anterior se destacó que al considerar sólo la empresa principal, el 41,6% de las jurisdicciones del país se encuentran atendidas por sociedades anónimas (S.A) con participación Estatal mayoritaria (90% del capital social), con la participación de los empleados a través de un Programa de Propiedad Accionaria (PPA) como accionistas minoritarios con un 10 % de las acciones (provincia de Buenos Aires, Santa Fe, ciudad de Buenos Aires, entre otras) (Cáceres (2016b). Se observa también un 25% con S.A. que ingresaron al sector mediante Contratos de Concesión en Licitaciones Públicas durante la década del noventa y los empleados participan desde entonces mediante el PPA con el 10% de las acciones (Misiones, Corrientes, Santiago del Estero, entre otras). Además se verifica un 20,83% de las provincias que han decidido gestionar los servicios mediante cooperativas que refieren organizaciones comunitarias basadas en los principios de no discriminación y solidaridad que se rigen por la Ley nacional N° 20.337 (Chubut, Entre Ríos, Neuquén, entre otras). Por último se observan hay Sociedades del Estado (S.E) que aunque tienen autarquía y autonomía económica sus directores son elegidos por el poder político (en San Luis donde actúa San Luis Agua S. E. y Chaco donde actúa Servicios de Agua y Mantenimiento Empresa del Estado Provincial).

La cobertura de hogares con acceso al servicio de agua en el país alcanzaba en 2001 al 80,1% de los hogares y se reducía al 47,2% en el caso de las cloacas; y para 2010 ese indicador mostraba una mejora con el 83,9% y al 53,1% en el caso de las cloacas. La cobertura al interior de las jurisdicciones era heterogénea, como se presenta en la figura 1, en tanto se observaban jurisdicciones como la ciudad Autónoma de Buenos Aires donde la cobertura alcanzaba al 99,6% y 98,15% y Tierra del Fuego con 94,2% y 89,3% respectivamente y otras como Chaco con 76,5% y

26,38% y provincia de Buenos Aires con 75,1% y 47,57% (INDEC, 2010). En todos los casos la cobertura de cloacas era menor a la de agua, situación alarmante especialmente en áreas con mayor densidad de población donde se multiplican las instalaciones “alternativas”: pozos ciegos donde se vertían los efluentes acompañados en algunos casos con cámaras sépticas. Es decir existían importantes sectores de la población que resolvían el acceso mediante modalidades sustitutas con un impacto negativo sobre la salud y el ambiente.

Figura 1: Cobertura de hogares con acceso al agua y saneamiento por redes en Argentina



Fuente: Elaboración propia en base a los datos del INDEC (2010)

Vale recordar que en el país la trayectoria institucional de los servicios desde los años ochenta del siglo pasado estuvo atravesada por una etapa de descentralización y transferencia a las jurisdicciones provinciales y municipales que significó la atomización del sector. Posteriormente se observó un proceso de concesiones a capitales privados de las empresas del sector que cobrara relevancia desde 1991, cuando los servicios en la provincia de Corrientes pasaron a estar gestionados por una S.A. para luego extenderse a las principales jurisdicciones del país. Dicho giro modificó la morfología de un sector que se conformó al calor de la actividad estatal que actuaba, hasta entonces, como promotor, financista, regulador y prestador de los servicios e introdujo notables diferencias en la gestión en especial en lo que se concierne a su regulación e institucionalidad. Esto se relaciona con la separación de las funciones de prestación (a cargo de empresas privadas) de la de regulación y control a cargo de entes creados para tal fin.

A inicios del siglo XXI, tras la decisión de las principales empresas privadas de abandonar la prestación de los servicios, en el marco de la mayor crisis social, económica y política que vivió el

país, y de los Estados de re-estatizarlos y crear nuevas empresas; los criterios de prestación de los servicios continúan cristalizados en marcos regulatorios que brindan el encuadre normativo de derechos y obligaciones. Estos fueron establecidos mediante leyes y/o decretos del Poder Ejecutivo (PE), la responsabilidad de aplicar sus disposiciones y el control del desempeño de las empresas se mantiene en las agencias regulatorias o de control.

En el país, las agencias regulatorias surgieron, ciertamente, para regular y controlar el desempeño de actores privados y en las jurisdicciones donde los servicios fueron re-estatizados, con notables cambios en sus funciones, quedaron a cargo del control de S.A. con participación Estatal mayoritaria. Se trata de entes autárquicos que se relacionan con el PE mediante algunos ministerios (principalmente ligados a obras públicas), su financiamiento de efectúa mediante un porcentaje de las tarifas y asignaciones del presupuesto público. Faccendini (2011) explica que aparte de ejercer el poder de policía de controlar la calidad del servicio, los precios y al concesionario, el Ente regulador tiene función de dictar reglamentaciones. Así se encuentran en el país el Ente Regulador del Agua y Saneamiento en el Área Metropolitana de Buenos Aires, el Organismo de Control del Agua de Buenos Aires en la provincia de Buenos Aires; el Ente Regulador de los Servicios Públicos en Córdoba; la Administración de Obras Sanitarias Corrientes en Corrientes; el Ente Regulador de los Servicios Públicos y otras concesiones en Catamarca; el Ente Provincial del Agua y de Saneamiento en Mendoza, entre otros.

Los marcos regulatorios de los servicios establecen las condiciones generales de prestación de los servicios y los derechos y obligaciones de los usuarios y las empresas y son las normas de referencia de las agencias regulatorias. Los mismos están fijados mediante leyes en una parte del Área Metropolitana de Buenos Aires (Ley Nacional 26.221); en Córdoba (Ley provincial N° 8835), en Catamarca (Ley 4836), en Corrientes (Leyes 3573 y 3979), entre otras jurisdicciones; y por decretos del Poder Ejecutivo en provincia de Buenos Aires (Decreto 873/03) y Mendoza (Decreto N° 2648/10).

Puntualmente nos interesa destacar, de forma sintética, los aspectos de la regulación ambiental presentes en los marcos regulatorios de acuerdo a la caracterización realizada en la sección anterior.

Es de destacar que los marcos regulatorios en el país establecen parámetros heterogéneos de calidad del agua, así hay provincias que se adecuan a lo establecido en el Código Alimentario

Nacional que sigue los parámetros de la Organización Mundial de la Salud y otras que acuerdan otros criterios, al menos cuestionables, como sucede en la provincia de Buenos Aires que diferencia, desde 2003, entre agua corriente y agua potable¹². Esta situación es llamativa en tanto se entiende que los criterios que tiene que reunir el agua para ser considerada potable, sin riesgos para la salud, no tendrían que variar entre regiones y tendrían que priorizar la salud de la población sin importar el prestador.

Por otro lado, en los esquemas de precios, se observa que aunque el sistema más generalizado es el Price cap (precio tope) en la práctica la regulación tarifaria en el país contiene un esquema mixto, en tanto se autorizan revisiones periódicas que consideran la variación de los costos.¹³

Algunas provincias tienen subsidios cruzados entre usuarios y una tarifa social o solidaria focalizada en los sectores más vulnerables. Tras el recambio de gobierno nacional que se efectuó en diciembre de 2015 comenzó a cuestionarse, más intensamente, el uso de subsidios indirectos en los servicios públicos, inclusive en el caso del agua y saneamiento y se autorizaron aumentos importantes en las tarifas que fueron judicializados. Los subsidios son desembolsos fiscales para financiar los gastos corrientes y/o de capital de alguno de los agentes económicos y su objetivo apunta a beneficiar a los consumidores. Se observan dos modalidades: 1) subsidios directos cuando el Estado realiza transferencia a los consumidores para que mejoren sus ingresos; 2) subsidios indirectos cuando las transferencias van a las empresas para que puedan vender sus productos a precios a menores precios de mercado (precio menor para el consumidor) (López, 2015).

Asimismo aunque los marcos regulatorios promueven la micromedición en el cobro de las tarifas, en la práctica los niveles de micromedición continúan siendo reducidos en el país, así como los niveles de macromedición. Esto dificulta el desarrollo de estudios que apunten a determinar el agua no contabilizada y los datos que se difunden en el país refieren a estimaciones que realizan las propias de las empresas. El agua no contabilizada se expresa en valores porcentuales en relación al

¹² Al respecto, véase Cáceres (2011).

¹³ El esquema de regulación Price cap prevé la fijación de un precio base máximo (acordado por el poder concedente) el cual otorga a la empresa una ganancia razonable; el mismo se ajusta en forma periódica con la aplicación de un índice de precios domésticos (que tiende a reflejar las variaciones de los costos) al cual se le sustrae un factor de eficiencia con el propósito de transferir a los usuarios y consumidores los incrementos de productividad de la empresa y luego de un periodo de realizan revisiones tarifarias donde esas ganancias se trasladan a los usuarios.

total de la producción¹⁴ y adquiriría según la escasa bibliografía existente valores sumamente críticos que rondaban, en los primeros años del siglo XXI, en promedio entre el 40% y el 50% del agua producida, porcentaje que podría incrementarse cuando aumentaba el tamaño de las infraestructuras y la demora entre la detección de la pérdida y su reparación, así como cuando los ductos y las redes se encuentran obsoletas con cañerías de hierro fundido que acumulan seis décadas de uso¹⁵ (Schifini, 2008). Mayormente se considera que entre un 12 y un 15% del agua no contabilizada refiere a un valor mínimo que se torna difícil de reducir.¹⁶

Por lo que claramente mejorar los niveles de medición sigue siendo una deuda pendiente en el sector inclusive en las empresas más importantes, como Aguas y Saneamiento Argentinos S.A (AySA), que presta los servicios en la ciudad de Buenos Aires y el corazón del conurbano bonaerense, en donde el indicador de agua no contabilizada¹⁷ alcanzaba al 40%, de los cuales 36% eran pérdidas físicas (AySA, 2015); y sólo el 36,73% del caudal de efluentes era tratado (AySA, 2013).

Las tarifas volumétricas del servicio de agua alcanzaban de acuerdo a un estudio realizado en 2010 niveles reducidos en la mayor parte del territorio, así en Catamarca alcanzaba el 30% de los usuarios, el 18% en La Rioja, el 3% en Santiago del Estero, el 1% en Tucumán, el 6% en Mendoza, el 14% en Santa Fe, entre otras; y por el contrario la situación exhibía mejores condiciones en Misiones con el 80% de medición, 67% Jujuy, 88% en Corrientes, 66% en Río Negro (Saravia, 2010).

Los marcos regulatorios establecen también disposiciones para los desagües cloacales, con controles a cargo de las propias empresas y de los entes de regulación, pero los niveles de tratamiento de los efluentes también siguen siendo reducidos. Se observa al igual que con las normas de calidad del agua, diversidad de criterios para el tratamiento de efluentes y hay serias

¹⁴ Aunque también puede expresarse como los valores respecto de la longitud de cañerías de las redes o de las conexiones o como la relación de pérdidas evitables respecto a las pérdidas totales (Schifini, 2008, p. 6).

¹⁵ Calcagno, Mendiburo y Novillo (2000, p.105) sostienen que en Argentina “los niveles de agua no contabilizada constituye uno de los principales problemas de eficiencia en la mayoría de los servicios de agua potable, ya que un importante volumen, estimado en el orden del 40 % del agua producida se pierde en las redes y en las conexiones clandestinas, restando posibilidades de acceso a agua potable a una mayor cantidad de población, obstaculizando la optimización de las inversiones de producción y conducción, y pérdidas en los ingresos por el volumen de agua producido pero no facturado. La aún escasa implementación de sistemas de macromedición de caudales dificulta el conocimiento del valor real”.

¹⁶ Fundamentalmente, por los errores de la medición, las conexiones clandestinas que no logran detectarse y otras pérdidas de menor cantidad “cuya reparación podría resultar antieconómica” (Schifini, 2008, p. 8).

¹⁷ Pérdidas en red sobre el agua bombeada a la red, incluye físicas y comerciales.

dificultades para acceder a la información respecto a los niveles de tratamiento de los efluentes por parte de las empresas. La falta de infraestructura de redes cloacales sumado a los reducidos niveles de tratamiento adecuado a los efluentes domésticos e industriales conforma un problema de larga data en el país que ha sido judicializado en reiteradas oportunidades. Así cabe recordar lo sucedido con la empresa Aguas Argentinas S.A (que reemplazó a la histórica Obras Sanitarias de la Nación) que enfrentó reclamos por los incumplimientos de las inversiones tendientes a ampliar el tratamiento de los efluentes que las cloacas máximas que vertían en un municipio de la provincia de Buenos Aires Berazategui. En 1996, Esteban Biondo (Concejal del Partido de Berazategui por la Unión Cívica Radical) presentó una acción de amparo contra la ex Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano en base al derecho constitucional de vivir en un ambiente sano y equilibrado y el derecho a la salud¹⁸ y por el estado de contaminación que enfrentaba el Río de la Plata. La acción argumentaba que la fuente de abastecimiento de agua era receptora de desagües cloacales e industriales provenientes de Capital Federal y parte del Conurbano Bonaerense sin tratamiento previo, situación que agotaba la capacidad de autodepuración del río.¹⁹ En un inicio el recurso fue negado por cuestiones de forma, pero la Cámara de Apelaciones revocó la sentencia y atendió parcialmente los reclamos, por lo que demandó la presentación de informes, dispuso incluir a los intendentes de Avellaneda, Quilmes, Berazategui, Ensenada, Berisso, La Plata y Magdalena, de la empresa Aguas Argentinas S.A. y al organismo regulador y convocar audiencia. Posteriormente la municipalidad de Berazategui presentó una demanda similar contra la empresa, ampliada luego al Estado Nacional, para que ordenase la realización de obras tendientes a cesar la contaminación sobre el Río de la Plata, reparar los daños por la contaminación costera de Berazategui.²⁰

¹⁸ Artículos 41, 43 y 31 de la Constitución Nacional

¹⁹ Exigía “la implementación de un programa de control efectivo de los desechos industriales que llegan directa o indirectamente al Río de la Plata, con particular control de las industrias que los generan y del modo en que son vertidos en origen en el sistema cloacal, o directamente en las napas o cursos de agua que desembocan en el Río de la Plata”; “la definición de un sistema de monitoreo permanente de la calidad de los efluentes; la reubicación de las tomas de agua del concesionario en el Río de la Plata para su potabilización, atento la situación de extrema contaminación de las aguas que absorbe, por ejemplo, la existente a la altura de Bernal y Punta Lara”; “si la empresa concesionaria de los servicios de agua y cloacas (Aguas Argentinas S.A.) podrá cumplir con los plazos previstos para la construcción de la planta de tratamiento de los desechos cloacales e industriales de las tres Colectoras Máximas que tienen su desagadero en Berazategui” (Biondo, Esteban c/Secretaria de Recursos Naturales y Ambiente Humano- PEN).

²⁰ En 2003, la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata dictó una medida cautelar que obligó a Aguas Argentinas a realizar la construcción y puesta en marcha de la Planta Depuradora de Líquidos Cloacales a ubicarse en Berazategui, la limpieza y la prolongación del emisario cloacal existente en dicha localidad (“Municipalidad de Berazategui c/ Aguas Argentinas S.A”). Esta medida fue apelada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien convocó a una audiencia de conciliación donde la empresa se comprometió a

A inicios del presente siglo tuvo lugar también la emblemática causa Mendoza tras una demanda de un grupo de vecinos que sostuvieron sufrir distintos efectos nocivos ligados a la contaminación de la Cuenca Matanza-Riachuelo y demandaron al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a un conjunto de empresas por daños, perjuicios y por la recomposición del daño ambiental causado en la cuenca ("Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios").

La literatura especializada destaca que tanto la regulación del servicio de agua, como del agua en general, requiere realizarse en forma coherente con la política ambiental ya que la administración de los recursos hídricos involucrada en la producción y distribución de agua potable como en la captación y tratamiento de los residuos cloacales posee una influencia determinante sobre la dinámica del ecosistema (Azpiazu y Forcinito, 2004). El agua es demandada para usos agrícola, industrial, minero, petrolífero, etc. que pueden competir entre sí, en especial en áreas áridas o semiáridas como la provincia de Mendoza.

Además de los marcos regulatorios en cada una de las jurisdicciones se observan códigos de agua, tal es el caso de la Ley 12257 de la provincia de Buenos Aires sancionada en 1999, la Ley 607 sancionada en 1974 en La Pampa; la Ley 5589 sancionada en 1973 en Córdoba, la Ley 899 sancionada en 1975 en Neuquén, entre otras. Por lo que puede afirmarse que predomina una profusa legislación provincial.

A nivel nacional en 2002 se sancionó la Ley de Régimen de Gestión Ambiental de Aguas N° 25.688 que luego de casi 15 años aún no ha sido reglamentada, por lo que no es operativa. Esta ley establece los presupuestos para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional; la utilización de las aguas; las cuencas hídricas superficiales, para lo cual creó los comités de cuencas hídricas. Sin embargo, la norma ha recibido cuestionamientos judiciales, tal como sucedió con la provincia de Mendoza y el Departamento de irrigación que reclamó que se declare inconstitucional. En la causa "Mendoza, provincia de c/ Estado Nacional s/ acción de inconstitucionalidad" la justicia local declaró que se trata de una causa de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y rechazó la demanda.

concluir la ejecución de parte de las obras durante el año 2004 (entre ellas la limpieza del emisario), así como estipular la inclusión de la ejecución de otras durante el 2005/2008 en el plan de renegociación del contrato de concesión del servicio público (en especial, la prolongación del emisario y realización de una planta depuradora de efluentes en Berazategui) ("Municipalidad de Berazategui c/ Aguas Argentinas S.A. sobre ordinario"). Este acuerdo fue ratificado por el gobierno nacional mediante el Decreto del PEN N° 1885/04.

Posteriormente también se promovió en el país la firma de un Acuerdo Federal del Agua y los Principios Rectores de Política Hídrica por parte del Estado nacional a través de la Subsecretaría de Recursos Hídricos, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en 2003, pero aún espera ser tratado en el parlamento nacional el Proyecto de Ley Marco de Política Hídrica que retome los principios del acuerdo. El mismo ha perdido estado parlamentario en reiteradas ocasiones en tanto en diciembre de 2008 solo se ratificó el Acta Acuerdo, la Carta orgánica, las Actas con modificaciones convenidas y, como elemento destacable, se reconoció al Consejo Hídrico Federal (COHIFE) como instancia federal para la concertación y coordinación de la política hídrica federal.²¹

En términos institucionales el COHIFE, como escenario de debate y toma de decisiones sobre el agua y los servicios por redes, interactúa con la Subsecretaría de Recursos Hídricos²², que fuera creada a fines de los años sesenta, y el Ente Nacional de Obras Hídricas de Saneamiento (ENOHSA), creado ya en 1995.²³

Por lo señalado en esta sección el sector de agua y saneamiento presenta, por un lado, elevados niveles de dispersión normativa en las distintas jurisdicciones, con regulación ambiental heterogénea en los marcos regulatorios (a los que se agregan los Códigos de Agua); y una ley nacional de presupuestos mínimos sin reglamentar. Por otro lado, y en relación a lo anterior, se observa como rasgo la fragmentación institucional tanto en la gestión hídrica con la presencia de la Subsecretaría de Recursos Hídricos, el ENOHSA, y el COHIFE y numerosas agencias provinciales que actúan como autoridades del agua; como en la gestión de los servicios a cargo de numerosas empresas prestatarias reguladas y controladas por entes específicos sin instancias claras de

²¹ El Consejo Hídrico Federal está integrado por el Estado Nacional y todas las jurisdicciones que se encuentran divididas en los siguiente Consejos Regionales COHINOA (Catamarca, Jujuy, Salta, Santiago del Estero y Tucumán), COHINEA (Chaco, Formosa y Misiones), COHICU (La Rioja, Mendoza, San Juan y San Luis); COHILI (Santa Fe, Entre Ríos y Corrientes), COHICEN (Buenos Aires (PBA), Córdoba, La Pampa y la CABA), COHIPA (Chubut, Neuquén, Río Negro, Santa Cruz y Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur).

²² Su función es “la elaboración y ejecución de la política hídrica nacional y de la política relativa a los servicios públicos de abastecimiento de agua potable y saneamiento” <http://www.mininterior.gov.ar/obras-publicas/subsecretaria-rh.php> Última visita 29/12/16.

²³ El ENOHSA tuvo como antecesor al Consejo Federal de Agua Potable y Saneamiento (COFARyS) conformado en 1988 como primer intento de “promover, impulsar, supervisar, financiar y administrar” distintos programas de abastecimiento de agua potable y resolución del saneamiento en el conjunto de las jurisdicciones del país (Ley nacional N° 23.615).

coordinación sectorial. Lo cual tiende a limitar las posibilidades de avanzar en un uso sostenible y más coherente de los recursos hídricos en general y de los servicios por redes en particular.

VI. Conclusiones

Los servicios de agua y saneamiento involucran un derecho humano inalienable de suma importancia para la reproducción y sostenimiento de la vida, gestiona un recurso natural estratégico que no reconoce límites políticos y que demandan inversiones de largo plazo en un conjunto de tecnologías, cuya calidad incide en las condiciones de prestación de los servicios. Estas tecnologías se han ido modificando a la par de los avances en el sector, con la incorporación de distintas fuentes de extracción de agua y el creciente deterioro de los recursos hídricos y la necesidad de extraer agua a mayor profundidad.

Asimismo se trata de servicios que forman en simultáneo parte de la infraestructura social y económica del país: social en tanto su acceso seguro por parte de la población en términos de cantidades y calidades impacta en lo que concierne a los aspectos sanitarios, en la calidad de vida y en sus condiciones ambientales; y económica, ya que el desarrollo de las diversas actividades productivas demanda de la amplitud del abasto de agua (Guadagni, 1973).

Por lo que la provisión de los servicios requiere un conjunto de infraestructuras críticas que tienen elevados costos hundidos y lenta recuperabilidad en el tiempo que hacen de los acuerdos inter-temporales un valor relevante para garantizar la sostenibilidad.

La planificación del horizonte de extensión de los servicios, la regulación de las condiciones de prestación, el control y fiscalización del desempeño de los operadores y la prestación efectiva son funciones centrales que requiere considerar la política hacia el sector. Estas funciones involucran un conjunto diverso de actores estatales y no estatales e incrementa las necesidades de coordinación en la búsqueda de sinergias y complementariedades, en especial en un país donde los servicios están descentralizados y se entrelazan normativas nacionales y provinciales en la gestión en general y de los servicios en particular.

La trayectoria de los servicios ha oscilado en las últimas tres décadas en momentos de descentralización, privatizaciones y re-estatizaciones, con objetivos contrapuestos que han alterado la institucionalidad del sector. Asimismo no ha logrado la universalización de los servicios y existen jurisdicciones del país con niveles de cobertura muy reducidos.

La regulación ambiental de los servicios requiere contemplar, al menos, los niveles de medición del consumo, los esquemas de precios y la calidad del agua. Estos elementos se encuentran presente en los marcos regulatorios de los servicios, pero aún queda un amplio camino para avanzar en mejorar la eficiencia ambiental en el sector que tendrá que ser considerado en los próximos años de forma prioritaria. En especial se destaca la fragmentación normativa e institucional que da lugar en el país a dispersión de criterios respecto a la provisión de los servicios.

Referencias bibliográficas:

- ABIHAGGLE, C. y DAY, J. (2004). *Agua y sociedad. Un ensayo económico sobre la política hídrica*. Mendoza: EDIUNC.
- AYSA (2013). *Informe al usuario*. Buenos Aires.
- AYSA (2015). *Informe al usuario*. Buenos Aires.
- BIDART CAMPOS, G. (1996). *Manual de la Constitución reformada*, Tomo I, Buenos Aires: Ediar.
- CÁCERES, V. (2011). *La problemática del acceso al agua potable y al saneamiento domiciliario por fuera de las redes. Regulación estatal y circuitos mercantiles de acceso en el Partido de José C. Paz, en el interior del AMBA*. Tesis de la maestría en Ciencias Sociales, Universidad Nacional de General Sarmiento- Instituto del Desarrollo Económico y Social, Los Polvorines.
- CÁCERES, V. (2016 a). *El proceso de institucionalización de los servicios de agua y saneamiento y su trayectoria en la Provincia de Buenos Aires: La consolidación de la fragmentación institucional*. Tesis de Doctorado en Ciencias Sociales, Universidad Nacional de General Sarmiento- Instituto del Desarrollo Económico y Social, Los Polvorines.
- CÁCERES, V. (2016 b). "Panorama actual en la gestión del agua y saneamiento en Argentina". En *Revista Naturaleza, Sociedad y Ambiente*, Vol. 3, 77-94.
- CALCAGNO, A., GAVIÑO NOVILLO, M. Y MENDIBURO, N. (2000). *Informe sobre la gestión del agua en la República Argentina*. Comité Asesor Técnico de América del Sur, Asociación Mundial del Agua.
- CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE TRENQUE LAUQUEN, 6/10/2010, "Florit Carlos Ariel y otros contra Provincia de Buenos Aires y Aguas Bonaerenses S.A. sobre amparo".

- CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE LA PLATA. “Biondo Esteban contra Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano, Poder Ejecutivo Nacional sobre amparo”.
- CORRALES M. (1998). “La regulación en s de transición: el caso de los servicios de agua potable y saneamiento en América Latina”. En *¿Qué hay de nuevo en las regulaciones? Telecomunicaciones, electricidad y agua en América Latina*. Barrionuevo A. y Lahera E. (eds.) CLAD –Buenos Aires: Eudeba.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, 22/05/2013, “Kersich Juan Gabriel contra Aguas Bonaerenses S.A. y otros sobres amparo”.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 2/12/2014, “Recurso de hecho deducido por Aguas Bonaerenses S .A. en la causa Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros si amparo”.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 12/11/2013, “Conde, Alberto José Luis y otro contra Aguas Bonaerenses S.A. sobre amparo”.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 20/06/2006, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”.
- FACCENDINI, A. (2011). *Agua y saneamiento. Derecho humano esencial. El bien común: la privatización del agua en Santa Fe 1995-2005*. Rosario: Editorial de la Universidad Nacional de Rosario.
- FERNÁNDEZ, D. (2009). “Sustentabilidad financiera y responsabilidad social de los servicios de agua potable y saneamiento en América Latina”. En *Contabilidad regulatoria, sustentabilidad financiera y gestión mancomunada: temas relevantes en servicios de agua y saneamiento*. Fernández, D., Jouravlev, A., Lentini, E., Yurquina, A. (eds) CEPAL, División de Recursos Naturales e Infraestructura Santiago de Chile.
- FERRO, G. (2008). “Agua y economía”. En *Revista Hydria*, N° 16, Buenos Aires, 21-22.
- FORCINITO, K. (2016): “Los debates económicos del siglo XX latinoamericano: de la teoría a la práctica”. En *Congresso Latino-Americano de História Econômica*, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo.
- FORCINITO, K. (2005). *Los sectores de infraestructura para la prestación de servicios públicos en la Argentina. Lineamientos generales de regulación pública*, ficha mimeo, Buenos Aires.

- FORCINITO, K., y NAHÓN, C. (2005). "La fábula de las privatizaciones: ¿vicios privados, beneficios públicos? El caso de la Argentina (1990-2005)". En *Revista Ciclos en la historia, la economía y la sociedad*, 30, Vol. 5, Buenos Aires, 133-164.
- FRIZZERA, V. (2007). *Radiaciones no ionizantes*. Comisión Nacional de Telecomunicaciones, Buenos Aires.
- GORDILLO, A. (2003). *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- GRIPPO, S. y VISCIARELLI, S. (2005). "Inversiones en servicios públicos y dinámica del espacio urbano". En *Scripta Nova: revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, 9. Disponible en <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-194-61.htm>.
- GUADAGNI, A. (1973). *Aspectos económicos del saneamiento urbano en Argentina en Jornadas de economía. Problemas económicos argentinos, diagnósticos y políticas*. Buenos Aires: Ediciones Machi.
- GUTIÉRREZ, R. (2010). "Modelo para armar: gestión del agua en la provincia de Buenos Aires". En *Política Hídrica y Gestión de Cuencas en la Región Metropolitana de Buenos Aires*. Isuani (ed.) Universidad Nacional de General Sarmiento, Los Polvorines.
- HANTKE-DOMAS, M. y JOURAVLEV, A. (2011). *Lineamientos de política pública para el sector de agua y saneamiento*. Santiago de Chile: CEPAL.
- HERRERO, A. y FERNÁNDEZ, L. (2008). *De los ríos no me río: diagnóstico y reflexiones sobre las cuencas metropolitanas de Buenos Aires: Luján, Reconquista, Matanza-Riachuelo, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Zona Sur*. Buenos Aires: Temas Grupo Editorial.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y CENSOS (2010). *Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas de 2010*. Disponible en http://www.censo2010.indec.gov.ar/archivos/censo2010_tomo1.pdf.
- LÓPEZ, R. (2015): "Servicios públicos para todos: la lógica de los subsidios en la economía argentina". En *Subsidios y servicios públicos*. López, R. (et. al.). 7-13, Buenos Aires: Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Sociales.

- MALABARBA, S. (1998). "Nuevas políticas y mecanismos de financiamiento para el sector privado y los procesos de regulación". En *Empresas de saneamiento. Su transformación y regulación- Conflictos y soluciones-*. Documento Técnico N° 5, Buenos Aires: COFES.
- MUTUBERRÍA LAZARINI, V. (2007). *Los servicios públicos urbanos como medios colectivos para la producción y reproducción de la vida de los sujetos en sociedad desde la perspectiva de la economía social: análisis de experiencias de gestión colectiva en el Gran Buenos Aires*. Buenos Aires. Tesis de maestría en economía social, Universidad Nacional de General Sarmiento, Los Polvorines.
- NAHÓN, C. (2007). "La regulación pública de los servicios públicos ¿Quién dijo que todo esta perdido?" en Basualdo, V y Forcinito, K (coords.) *Transformaciones recientes de la economía argentina. Tendencias y perspectivas*. Los Polvorines: Prometeo, Universidad Nacional de General Sarmiento.
- NÚÑEZ, J. (2011). *Situación tarifaria de los servicios de agua y saneamiento a nivel nacional en Argentina*, Buenos Aires: COMARCO. Disponible en www.camarco.org.ar/File/GetPublicFile?id=526.
- NÚÑEZ, J. (2013). *Agua y saneamiento a nivel nacional. Alternativas de innovación*, Buenos Aires: COMARCO. Disponible en www.camarco.org.ar/File/GetPublicFile?id=1737.
- ORDOQUI URCELAY, M. (2007). *Servicios de agua potable y alcantarillado en la ciudad de Buenos Aires, Argentina: factores determinantes de la sustentabilidad y el desempeño*. Santiago de Chile: CEPAL.
- Organización Mundial de la Salud (2006). *Guías para la calidad del agua potable, Volumen 1*. Disponible en http://www.who.int/water_sanitation_health/dwq/gdwq3_es_full_lowres.pdf.
- PATIENTE, N. (2014). "Four Steps to reducing non-revenue water". En *Water & Wastes Digest*. Disponible en <http://www.wwdmag.com/how/four-steps-reducing-non-revenue-water>.
- RESS, E. Y ROBERSON, A. (2016). "The Financial and Policy Implications of Water Loss". En *Peer-Reviewed. Journal Awwa, American Water Works Association*. Disponible en <http://dx.doi.org/10.5942/jawwa.2016.108.0026>.
- ROZAS BALBONTÍN, P., y BONIFAZ, J. (2014). *Notas sobre la teoría de la empresa pública de servicios de infraestructura y su regulación*. Serie Recursos Naturales e Infraestructura N° 165, Santiago de Chile: CEPAL.

- SARAVIA, J. (2010). *Conclusiones de los Seminarios de Tarifas y Sistemas Tarifarios de Aferas 2009-2010*. Serie de publicaciones sobre tarifas N° 2, Córdoba: Eudecor.
- SAVID, R. (1997). "La gestión comercial en los procesos de transformación de las empresas de saneamiento". En *Modelos de gestión comercial en empresas de saneamiento*. Documento técnico N° 4, Buenos Aires: COFES. pp. 27-34.
- SCHIFINI, J. (2008). "Pérdidas y fugas en los servicios urbanos". En *Hydria* N° 17, Buenos Aires.
- SOLANES, M. (1999). *Servicios públicos y regulación. Consecuencias legales de las fallas de mercado*. Serie Recursos Naturales e Infraestructura N° 2, Santiago de Chile: CEPAL.
- SOLO, T., GYTMAN, P. y DASCAL, G. (1990). *Las aguas bajan turbias. Tecnologías alternativas para el saneamiento en el Gran Buenos Aires*. Buenos Aires: CEUR.
- VICKERS, J. y YARROW, J. (1991). *Un análisis económico de la privatización*. Gran Bretaña: Fondo de Cultura Económica.

LA SUSPENSION Y TERMINACIÓN DE LOS TRATADOS: EL CASO DE VENEZUELA Y EL MERCOSUR

Por Ricardo Arredondo y Leopoldo M. A. Godio

Recibido: 11/03/2017

Aceptado: 03/04/2017

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo es analizar el procedimiento de adhesión de Venezuela al *Mercado Común del Sur* y sus consecuencias, incluyendo la actual suspensión de Estado bolivariano, mediante el relevamiento de documentos, noticias y fuentes académicas especializadas. La propuesta incluye un análisis de los posibles efectos jurídicos que prevé el derecho internacional público en el escenario actual, en particular la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, ante la hipótesis que Venezuela pierda su condición de Estado Parte del bloque regional.

PALABRAS CLAVES

Integración Regional – Mercado Común del Sur – Terminación – Venezuela – Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados

SUSPENSION AND TERMINATION OF TREATIES: THE CASE OF VENEZUELA AND MERCOSUR

By Ricardo Arredondo and Leopoldo M. A. Godio

ABSTRACT

This paper aims to analyze the process of Venezuela's accession to the Southern Common Market and its consequences, including the current suspension of the Bolivarian State membership, through the collection of documents, news and specialized academic sources. The work considers the possible legal effects of the current scenario in terms public international law, particularly the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, given the hypothesis that Venezuela might forfeit its status as a State Party to the regional block.

KEY-WORDS

Regional integration – Southern Common Market – Termination – Venezuela – Vienna Convention
on the Laws of Treaties

LA SUSPENSION Y TERMINACIÓN DE LOS TRATADOS: EL CASO DE VENEZUELA Y EL MERCOSUR

Por Ricardo Arredondo* y Leopoldo M. A. Godio**

I. Introducción

Años de gobierno autoritario, mala gestión económica, crimen violento y caos en Venezuela han resultado ser una combinación tóxica. La crisis fue creciendo a pasos agigantados después de la prematura muerte por cáncer de líder carismático del país, Hugo Chávez, en 2013, a lo que se sumó la caída casi simultánea del precio del petróleo, del que la economía venezolana depende casi por completo. El 13 de mayo de 2016, el Presidente Nicolás Maduro decretó el “estado de emergencia”, una medida de gran alcance que, a pesar de haber sido vetada por el Parlamento, fue declarada constitucional por el Tribunal Supremo (Renwick & Lee, 2016, s/n). En medio de esta crisis económica, política, social e institucional, debía producirse el traspaso de la Presidencia Pro Témpore (PPT) del Mercosur de Uruguay a Venezuela, lo que no se llevó a cabo por las razones antedichas. Simultáneamente, los Estados fundadores del bloque comenzaron a analizar la viabilidad del controvertido ingreso a la organización, que se tradujo en la adopción por los Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados Parte originarios del Mercosur, el 13 de septiembre de 2016, de la denominada “Declaración conjunta relativa al funcionamiento del Mercosur y al Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur”¹, con un doble objeto: 1) aclarar la situación jurídica actual en que se encuentra Venezuela respecto a los derechos y obligaciones dispuestos en el Tratado de Asunción (TA) y el Protocolo de Adhesión; y 2) asegurar, a corto plazo, el funcionamiento del esquema integracionista. Finalmente, el 2 de diciembre de 2016, los Cancilleres de los Estados Partes signatarios del Tratado de Asunción, Susana Malcorra de la

* Abogado (UNT), Master of Laws (LL.M) (London School of Economics and Political Science) y Doctor en Derecho (UBA). Profesor adjunto regular de derecho internacional público UBA. Miembro del Instituto de Derecho Internacional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y del Instituto de Derecho Internacional del CARI, entre otras instituciones.

** Abogado y Magister en Relaciones Internacionales (UBA). Profesor de derecho internacional público UBA y UCA. Miembro Titular de la AADI. Investigador adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” (Facultad de Derecho, UBA). Miembro del Instituto de Derecho Internacional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y del Instituto de Derecho Internacional del CARI, entre otras instituciones.

¹ Disponible en <http://cancilleria.gov.ar/comunicado-de-prensa-de-los-estados-partes-signatarios-del-tratado-de-asuncion-sobre-la-situacion> (consulta 23/09/2016).

República Argentina, José Serra de la República Federativa del Brasil, Eladio Loizaga de la República del Paraguay y Rodolfo Nin Novoa de la República Oriental del Uruguay, notificaron a la Señora Ministra del Poder Popular para Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela, Delcy Rodríguez Gómez, el cese del ejercicio de los derechos inherentes a la condición de Estado Parte del MERCOSUR de la República Bolivariana de Venezuela (Cancillería Argentina, 2016, s/n).

El objetivo de este trabajo es realizar un *racconto* de la creación del Mercosur y la adhesión de Venezuela a la organización, considerar los antecedentes que impulsaron la situación actual y la adopción de las declaraciones mencionadas para, posteriormente, analizar cuáles podrían ser los efectos jurídicos que prevé el derecho internacional, en particular la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT)², para el supuesto que Venezuela pierda su condición de Estado Parte.

II. La creación y evolución del Mercosur

Los proyectos políticos orientados a una integración latinoamericana se sitúan, primitivamente, en las ideas de la Patria Grande, impulsada por Simón Bolívar en el Siglo XIX, y la pertenencia común de estos incipientes Estados a un espacio geográfico común (Ugarte, 2010). Sin embargo, durante muchos años los países latinoamericanos se dieron las espaldas y recién con el impulso de la CEPAL³ y las ideas del tucumano Raúl Prebisch, en la segunda mitad del siglo XX, esta intención de unificación fue renovada con el objetivo de superar el denominado desequilibrio en los términos de intercambio (Cardoso & Faletto, 1975). De este modo, en la década del sesenta, surge la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC)⁴, que procuraba favorecer la interdependencia económica y el establecimiento de acuerdos de integración destinados a la constitución de áreas de libre comercio. Dos décadas más tarde, debido al fracaso del modelo planteado por esta Asociación, sus miembros la reconvierten, en 1980, en su continuadora: la

² Cfr. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en vigor desde el 27 de enero de 1980, *United Nations Treaty Series*, Vol. 1155. Cabe destacar que, si bien Venezuela no es parte de la misma, sus disposiciones resultan actualmente aplicables a través de la costumbre internacional, aspecto que trataremos en detalle más adelante.

³ La CEPAL es una de las cinco comisiones regionales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) y su sede está en Santiago de Chile.

⁴ Cfr. Tratado de Montevideo del 18 de febrero de 1960. Ratificado por Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguay, Perú y Uruguay. Posteriormente adhirieron Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela.

Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)⁵, un sistema más flexible y realista con el fin de construir un área de preferencia económica y, a largo plazo, un mercado común latinoamericano mediante los siguientes ejes centrales de acción: promoción y regulación del comercio recíproco; complementación económica y desarrollo de las acciones de cooperación económica que coadyuven a la ampliación de mercados (Arredondo, 1990).

Para el cumplimiento de sus objetivos, mediante los principios de pluralismo, flexibilidad, convergencia y trato diferencial, la ALADI dispuso tres tipos de instrumentos: la preferencia arancelaria regional (PAR)⁶; los acuerdos de alcance regional (AAR); y los acuerdos de alcance parcial (AAP)⁷. En este orden de ideas, se inserta el TA como un AAP de Complementación Económica (ACE) N° 18, firmado en Montevideo el 26 de marzo de 1991⁸.

La utilización de esta implementación resulta determinante para que no resulte aplicable a los Estados Parte del tratado la cláusula Nación Más Favorecida (NMF) del artículo 44 del tratado de Montevideo de 1980. En otras palabras, se trata de un proceso de integración *subregional* que, asimismo, se encuentra previsto e inscripto como *cláusula de habilitación*, adoptada en la Ronda Tokio de 1979 por el GATT.

De este modo, el Mercosur fue creado como un proceso de integración subregional, en 1991, a través del TA, entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Se trata de un acuerdo de carácter intergubernamental, cuyo objetivo es la constitución de un Mercado Común y que en la actualidad ha alcanzado el grado de una unión aduanera imperfecta. En el marco del eje argentino-brasileño, el Mercosur nació como una respuesta a la creciente globalización de la economía internacional y se insertó en la tendencia de apertura comercial que tiene lugar en todo el hemisferio americano (Arredondo, 2012, pp. 621 y ss.).

⁵ Cfr. Tratado de Montevideo del 12 de agosto de 1980. Ratificado por Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba (desde 1999), Chile, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

⁶ Los PAR tienden a abarcar todo el universo arancelario, aunque admite listas de excepciones y contempla la situación de sectores económico-sensibles de los Estados parte; los AAR se caracterizan por la participación de todos los Estados miembros y abarca campos amplios en materia comercial, agropecuaria, científica y tecnológica, entre otros (SCOTTI: 2010, p. 56).

⁷ Este tipo de instrumento jurídico puede ser de índole comercial, de complementación económica, de promoción de comercio u agropecuario, por ejemplo y autoriza la participación de sólo algunos de sus miembros, aunque admite una adhesión posterior.

⁸ Fuente: <http://www.aladi.org/nsfaladi/textacdos.nsf/vacewebR> (consulta el 19/09/2016). Para un análisis de los antecedentes del Mercosur, con particular énfasis en la relación argentino-brasileña, ver ABREU BONILLA, Sergio, *Mercosur e Integración*, Montevideo, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1991, pp. 39-46.

El avance del proceso de integración llevó a los Estados Partes a la necesidad de reformular sus estrategias y de analizar los cambios que debían realizarse, para poder seguir avanzando hacia la conformación de un mercado común⁹. Persiguiendo esta finalidad fueron conscientes de que era necesario introducir cambios y profundizaciones para poder avanzar más allá de la estructura institucional prevista en el TA. Luego de una etapa de transición, dispuesta en el artículo 18 TA, el siguiente paso fue realizado el 17 de diciembre de 1994 cuando se firmó el *Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del Mercosur* (Protocolo de Ouro Preto o POP)¹⁰, instrumento que otorga personalidad jurídica al Mercosur, crea su nueva estructura institucional para el período posterior al 1º de enero de 1995 y pone en funcionamiento otros mecanismos que no fueron previstos en el tratado fundacional. Este acuerdo se completa con el *Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur*¹¹, que reemplazó al Protocolo de Brasilia y creó el Tribunal Permanente de Revisión.

La estructura señalada en el POP está conformada por órganos intergubernamentales que no disponen de poder autónomo y de un poder distinto de los Estados partes, de manera que no posee un órgano exclusivo al servicio de los objetivos comunes. Se diseñó una estructura muy simple, con tres órganos que tienen capacidad decisoria y carácter intergubernamental: el Consejo Mercado Común (CMC), el Grupo Mercado Común (GMC) y la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM). A ellos se agregan tres órganos más, de carácter consultivo, que carecen de capacidad decisoria, como el Parlamento del Mercosur (PM)¹², que reemplazó a la Comisión Parlamentaria Conjunta; el Foro Consultivo Económico y Social (FCES) y la Secretaría Administrativa del Mercosur (SAM) que, mediante Decisión CMC N° 30/02 se transformó en la “Secretaría del Mercosur” (SM)¹³.

⁹ Como señala Bianculli, “Regionalism has pervaded the history of Latin America. However, rather than being a linear or uniform process, it has proceeded in waves. While new organizations were constructed, old ones were reconstructed and reframed to the extent that Latin American regionalism can be defined by a pluralism of regional organizations, including complementary and competing ones with overlapping memberships” (BIANCULLI: 2016, p. 154 y ss.).

¹⁰ El POP fue suscripto durante la VII Reunión del Consejo del Mercado Común y, con la participación de los cuatro Jefes de Estado Miembros.

¹¹ Firmado el 18 de febrero de 2002, en vigor desde 2004. Ver http://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=qOTXUZ4pLSqGrMcSvBbWmg=&em=lc4aLYHVB0dF+kNrtEvsmZ96BovjLlz0mcrZruYPcn8= (consulta el 23/09/2016).

¹² *Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur*, aprobado por Decisión CMC N° 23/05.

¹³ También conforman la estructura institucional numerosos órganos, también de carácter intergubernamental, llamados “órganos auxiliares” y /o “secundarios”, ya que los mismos son creados, coordinados y dependientes de los órganos principales del MERCOSUR, tal como la Comisión de Representantes del Mercosur (CRPM), la Comisión de Coordinación de los Ministerios de Asuntos Sociales del Mercosur (CCASM), el Foro de Consulta y Concertación Política del Mercosur (FCCP), órganos auxiliares del Consejo Mercado Común; los Subgrupos de Trabajo, las Reuniones

Finalmente, el andamiaje institucional se completa con un órgano permanente con capacidad judicial: El Tribunal Permanente de Revisión de controversias (TPR). Su organización no es azarosa, ya que sus instituciones y normas conforman un trípode fundamental en el que descansa la visión del proceso de una integración que, con sus logros y crisis, posee una gran relevancia debido a su potencial económico (Martínez Puñal, 2005, pp. 18-20).

Conviene retener aquí que en el caso de organizaciones internacionales de integración como lo es el Mercosur, pueden darse situaciones de paralelismo competencias que pueden ser ejercidas tanto por los Estados Miembros como por la organización, cuando la capacidad de concluir acuerdos en determinadas materias no puede ser realizada por los Estados a título individual.

El pilar que sostiene al bloque está conformado por Argentina y Brasil que, en conjunto, representan, aproximadamente, el 95% de cualquiera de las variables relevantes del proceso: población, producto, actividad industrial, exportaciones, etc., aunque el último Estado ocupa, además, el centro neurálgico por tamaño de territorio y su Producto Bruto Interno (PBI). Lo anterior permite, en teoría, sostener que el diseño institucional obedece al contexto del bloque y quienes lo conforman. Por ejemplo, entre los años 1991 y 1995, el Mercosur se caracterizó por una predominancia acelerada en favor del libre comercio con el objeto de generar las condiciones para el crecimiento intra-regional y atraer inversiones. En ese período, los problemas entre sus miembros se solucionaban con un método “caso por caso” en apariencia suficiente, atento el bajo nivel de interdependencia económica. En otras palabras, sus controversias iniciales se superaron mediante la voluntad política de avanzar en el proceso, aunque esta dinámica evidenciaría, con el tiempo, la inexistencia de instituciones comunes con peso específico y un grave déficit jurídico-institucional redundaría en un desgaste político (Martínez Puñal, 2005, pp. 22-23, 43 y 46-48).

Si bien entre los años 1996 y 1998 el Mercosur continuó en su crecimiento, su dinámica disminuyó debido, en parte, a la incapacidad gubernamental para profundizar el proceso de integración hacia la liberalización comercial intra-regional y la ampliación del mercado. Martínez Puñal afirma que la causa inmediata del debilitamiento en estos años estuvo vinculada a la revaluación de la moneda brasileña que, gradualmente, configuró un esquema proteccionista de la política comercial e industrial del Brasil (Martínez Puñal, 2005, pp. 49-50).

Especializadas, Grupos Ad Hoc, órganos auxiliares del Grupo Mercado Común y los Comité Técnicos, órganos auxiliares de la Comisión de Comercio (SOTO & GONZÁLEZ: 2016, pp. 258-308).

En 1999 el Mercosur afrontó un escenario crítico como consecuencia del ajuste macroeconómico brasileño que incluyó la devaluación del Real y el problema de las Bolsas de Valores en Asia y Rusia, en 1998. A partir de ese momento las exportaciones argentinas a Brasil sufrieron un recorte unilateral, que incluyó medidas y contramedidas de ambas partes entre sí, que agravó la situación de Argentina y desembocó, junto a otros factores, en una inestabilidad económica, política y social en 2001. Al respecto, Martínez Puñal afirma críticamente y con acierto, que:

“Por ambas partes, se olvidaba que la coordinación supone avanzar en acuerdos de tipo cooperativo... el sistema de convertibilidad peso-dólar también tiene sus efectos en el flujo comercial... [y] La devaluación de Brasil, unida a su negativa de aceptar tanto la negociación de ‘cláusulas de salvaguardia’ como la elevación de aranceles intra-Mercosur, durante un período transitorio, al nivel del Arancel Externo Común, con una reducción gradual posteriormente, u otros mecanismos de compensación en materia de liberalización comercial o de reducción de sus subsidios, tendría efectos manifiestos sobre la competitividad de los sectores implicados en el comercio intrarregional, resultando perjudicados los flujos de comercio, la rentabilidad empresarial, la utilización de las capacidades instaladas y la asignación de futuras inversiones. Evidentemente, el ofrecimiento de negociar sectorialmente y ‘caso por caso’ se revelaría, a la postre, como insuficiente” (Martínez Puñal, 2005, pp. 51-52 y 56).

De este modo, sin el motor de crecimiento de las principales economías del bloque, el Mercosur se resintió en su expansión y hasta sufrió retrocesos manifestados en un creciente número de controversias comerciales más allá de la persistencia de barreras no arancelarias, indisciplinas respecto del Arancel Externo Común o la falta de acuerdo en el sector automotriz y del azúcar. A pesar de lo expuesto, coincidimos con Martínez Puñal al sostener que:

“(…) aún en la crítica realidad por la que pasa el Mercosur, convendría tener muy presente que en todos los procesos de integración resulta ‘normal’ asistir a períodos de estancamiento: ‘La experiencia europea, que demandó once años para construir una unión aduanera imperfecta (el Mercosur tardó cuatro), treinta y seis para formar un mercado común, y cuarenta y dos años para contar con una moneda única (el euro), que entre 1973 y 1985 debió soportar un prolongado letardo de ‘europesimismo’), es una prueba elocuente al respecto’. Al ello habría que añadir que, aun teniendo en

cuenta los años de declive comercial... [el] enorme desarrollo del comercio... debería obedecer a unos condicionantes de suficiente importancia como para poder albergar una razonable esperanza en la recuperación del MERCOSUR” (Martínez Puñal, 2005, p. 61).

De este modo, los órganos presentan una naturaleza intergubernamental, que responde a los intereses de los Estados miembros¹⁴, ampliado y precisado por el POP, aunque sin poseer un sistema clásico de división de poderes ni presentar un órgano que represente, exclusivamente, los intereses comunitarios. Al respecto, Martínez Puñal afirma que ello se podría deber a que el Tratado de Asunción es excesivamente esquemático, tanto desde lo conceptual como normativo y agrega que:

“(...) los mecanismos operativos no guardan el necesario equilibrio, la coordinación de las políticas macroeconómicas es apuntada sólo como un compromiso genérico y difuso... sin cronogramas concordantes con el programa de liberación, no atiende al posible crecimiento de los desequilibrios regionales e ignora el tema de la financiación del proceso” (Martínez Puñal, 2005, pp. 146-147).

III. La adhesión de Venezuela

Los Estados parte originarios del acuerdo regional fueron los países firmantes del TA al que, posteriormente, otros países latinoamericanos fueron incorporados en una categoría *sui generis* como “Estados Asociados”¹⁵. Para revestir esa última condición, los interesados debieron adherirse al *Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático* y a la *Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en el Mercosur*.

Venezuela, cuyo ingreso inicial se produjo en esta categoría, suscribió el 4 de julio de 2006 el *Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur* instrumento que, luego de un laborioso proceso y durante la suspensión de derechos y obligaciones aplicada a

¹⁴ Se ha afirmado que lo intergubernamental “(...) nos situaría en un terreno más próximo a las organizaciones internacionales de corte clásico, en el que la respuesta a las mencionadas cuestiones se encontraría en la voluntad última y soberana de los representantes de las partes contratantes...” (ALONSO GARCÍA: 2008, pp. 19 y ss.). No obstante, autores como Perotti afirman que el Mercosur presenta rasgos de supranacionalidad, pues la actuación de los tribunales arbitrales no representan a los Estados y los laudos que emiten obligan a los Estados de la controversia aún en contra de su voluntad, al tiempo que rige para los miembros del Tribunal la prohibición de recibir mandatos e instrucciones (PEROTTI, 2002, p. 66).

¹⁵ Chile (1996), Bolivia (1997), Colombia (1994), Perú (2003) y Ecuador (2004). Estos Estados participan en calidad de invitados en las reuniones de los órganos del Mercosur y en todas las reuniones del Foro de Consulta y de Concertación Política (FCCP). Al mismo tiempo, ser Estado asociado significa el primer paso de una asociación más profunda.

Paraguay en junio de 2012 como consecuencia de la crisis suscitada en ese país, fue ratificado por los restantes Estados partes, permitiéndole al país caribeño adquirir la condición de Estado Parte. La determinación de Venezuela de incorporarse al Mercosur surgió luego de la decisión “irrevocable” de Hugo Chávez de separarse de la Comunidad Andina (CAN), en abril de 2006, “quien argumentó entonces que el proceso subregional había muerto por la firma de Colombia y Perú de sendos Tratados de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos”. Cabe recordar que la CAN había visto positivamente la incorporación de Venezuela al Mercosur¹⁶ y, aún después de ello, hizo un llamado a la República Bolivariana para que se reincorporara a esa organización subregional¹⁷.

En el conjunto de obligaciones, no puede dejar de mencionarse el paraguas de la Decisión CMC 28/05, que habilitó a los Presidentes de los cuatro Estados fundadores y el Jefe de Estado de la República Bolivariana de Venezuela a la suscripción del Protocolo de Adhesión de este último país al Mercosur, el 4 de julio de 2006.

Considerando como antecedente inmediato el Acuerdo Marco para la Adhesión, que había sido suscripto el 8 de diciembre de 2005, este instrumento fija los términos básicos para concretar dicha incorporación. En su carácter de protocolo adicional al TA, adquiere la categoría de tratado internacional conexo según lo dispuesto en el artículo 2.1 (a) de la CVDT y también desde el punto de vista de los ordenamientos locales, razón por la que debía ser aprobado por los respectivos Poderes Legislativos y luego depositados los instrumentos de ratificación pertinentes ante la República del Paraguay, depositaria oficial de todo lo atinente al Mercosur.

El proceso de incorporación referido incluía los siguientes aspectos: a) la adopción del acervo normativo, a más tardar, a los cuatro años; b) la adopción de la Nomenclatura Común (NCM) y del Arancel Externo Común (AEC) dentro del mismo periodo; c) y el libre comercio en plazos que varían, según los compromisos asumidos por cada uno de los Estados.

¹⁶ Fuente: Agencia EFE. “Secretaría de la CAN avala ingreso de Venezuela al MERCOSUR”, Caracas, 17 de noviembre de 2005, disponible en <http://www.comunidadandina.org/Prensa.aspx?id=1564&accion=detalle&cat=AP&title=secretaria-de-la-can-avala-ingreso-de-venezuela-al-mercosur> (consulta 2/03/2017).

¹⁷ Fuente: Agencia EFE. “Andinos reiteran llamado a Venezuela para que se reintegre en la CAN”, Nueva York, 26 de setiembre de 2007, disponible en <http://www.comunidadandina.org/Prensa.aspx?id=2059&accion=detalle&cat=AP&title=andinos-reiteran-llamado-a-venezuela-para-que-se-reintegre-en-la-can> (consulta 2/03/2017).

Argentina, Brasil y Uruguay aprobaron legislativamente el Protocolo de Adhesión¹⁸, aunque se encontraron con el rechazo sistemático del Parlamento paraguayo. Al respecto, Malamud subraya que:

“(…) cuando los entonces presidentes de Mercosur (Néstor Kirchner, Luis Inácio Lula da Silva, Nicanor Duarte y Tabaré Vázquez) accedieron al pedido de Hugo Chávez de integrarse como miembro de pleno derecho tras su salida de la CAN (Comunidad Andina). Esto ocurrió sin ningún tipo de discusión, ningún estudio previo sobre el impacto de dicha medida ni ninguna política de convergencia con la realidad económica institucional, del bloque. Eran otros tiempos, los tiempos en que los deseos de Chávez debía satisfacerse sin discusión, pese a estar vigente la cláusula democrática” (Malamud, 2016b, s/n).

Cuando se produce la suspensión de Paraguay en 2012, los Presidentes de los restantes Estados Partes aprobaron la “Declaración sobre la Incorporación de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur”, a través de la cual decidieron, en primer lugar, el ingreso de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur y, en segundo término, convocar a una reunión especial a los fines de la admisión oficial de este país al Mercosur para el día 31 de julio de 2012, en la ciudad de Río de Janeiro. El 13 de julio de 2012, la República Bolivariana de Venezuela depositó su instrumento de ratificación al Protocolo de Adhesión al Mercosur (Secretaría MERCOSUR, 2012, s/n).

Esta decisión hizo que, el 9 de julio de 2012, Paraguay presentara una demanda en la Secretaría del TPR, en el marco del Procedimiento para Atender Casos Excepcionales de Urgencia, instituido en el artículo 24 PO, solicitando “se declaren inaplicables 1) la decisión que suspende a Paraguay de participar en los órganos del MERCOSUR, y 2) la declaración que incorpora a la República Bolivariana de Venezuela (en adelante Venezuela) como miembro pleno del MERCOSUR”¹⁹. Luego de analizar las alegaciones de las partes, el TPR resolvió que tenía jurisdicción para entender en esta causa, dado que el sistema de solución de controversias del Mercosur comprende la interpretación y aplicación de las normas Mercosur, incluyendo “el examen

¹⁸ Argentina y Uruguay lo hicieron en 2006, mientras que Brasil lo aprobó en 2009. Véase http://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=LTaMVymw/aYC9dXPH0uCXg==&em=lc4aLYHVB0dF+kNrtEvsMZ96BovjLlz0mcrZruYPcn8= (consulta el 23/09/2016).

¹⁹ Laudo N° 01/2012. “Laudo del Tribunal Permanente de Revisión en el procedimiento excepcional de urgencia solicitado por la República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los Órganos del Mercado Común Del Sur (Mercosur) y a la incorporación de Venezuela como miembro pleno”, para. 7. Disponible en http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2012_es.pdf (consulta el 23/09/2016).

de legalidad de la aplicación del Protocolo de Ushuaia”. Sin embargo, consideró “que, en las condiciones de la actual demanda, resulta inadmisibile la intervención directa del TPR sin el consentimiento expreso de los demás Estados Parte” y omitió pronunciarse sobre el fondo de la cuestión²⁰. Finalmente, por Decisión CMC N° 27/12, se dispuso que:

“A partir del 12 de agosto de 2012, la República Bolivariana de Venezuela adquirirá la condición de Estado Parte y participará con todos los derechos y obligaciones en el Mercosur, de acuerdo al artículo 2° del TA y en los términos del Protocolo de Adhesión”²¹.

Casi un año después, el 15 de agosto de 2013, el Mercosur levantó la suspensión de Paraguay, único país cuyo Congreso se había negado a aprobar la incorporación de Venezuela, que finalmente lo hizo el 18 de diciembre de 2013 y depositó el instrumento de ratificación el 13 de enero de 2014.

IV. La coyuntura del Mercosur vis-a-vis Venezuela

El Mercosur enfrenta desafíos de gran importancia en su relacionamiento externo –en el que se destacan las negociaciones con la Unión Europea²² y otros sujetos–. El objetivo compartido es la expansión del comercio, con eje en la celebración de “negociaciones exitosas” con otros bloques y países, entre ellos, con la Unión Europea (UE), Canadá²³, la Alianza del Pacífico²⁴, EFTA

²⁰ Para un análisis de la suspensión del Paraguay y la posterior incorporación de Venezuela se sugiere ver DELUCA, Santiago, “El Mercosur tras la suspensión de Paraguay y el ingreso de Venezuela: Ponderación del Laudo TPR n°1/2012”, WP IDEIR n° 16 (2013).

²¹ Disponible en http://www.puntofocal.gov.ar/doc/mcs_cmc_dec27-12.pdf (consulta el 23/09/2016).

²² En el mes de febrero de 2017 tuvo lugar en Bruselas una reunión del Comité de Negociaciones Birregionales (CNB), que acordó continuar las negociaciones en Buenos Aires los días 20 a 24 de marzo de 2017. El “Informe de la XXVI ronda de negociaciones sobre la parte comercial del Acuerdo de Asociación UE-Mercosur”, celebrada en Bruselas entre el 10 y 14 de octubre de 2016, puede verse en http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/november/tradoc_155069.pdf (consulta el 3/03/2017). La cuestión fue asimismo abordada en la reunión de trabajo de los Cancilleres de los Estados Miembros del TA, que tuvo lugar en Buenos Aires el 9 de marzo de 2017, ocasión en la que “la agenda de negociaciones externas del MERCOSUR constituyó una parte importante de las conversaciones mantenidas por los Cancilleres. En esta materia, se acordó intercambiar criterios para organizar los trabajos del bloque en materia de relacionamiento externo, incluida su coordinación. Se acordaron también los próximos pasos en relación con la negociación con la Unión Europea y en tal sentido, la necesidad de concitar el mayor apoyo político posible en ambas regiones para el futuro Acuerdo de Asociación”. Fuente: MREC, “Reunión de trabajo de los cancilleres de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay”. Buenos Aires, 9 de marzo de 2017. Información para la Prensa N°: 061/17, disponible en <http://cancilleria.gov.ar/reunion-de-trabajo-de-los-cancilleres-de-argentina-brasil-uruguay-y-paraguay> (consulta el 10/03/2017).

²³ Vease MREC, “Visita del Primer Ministro de Canadá a la Argentina”. Buenos Aires, 18 de noviembre de 2016, Información para la Prensa N°: 402/2016, disponible en <http://cancilleria.gov.ar/visita-del-primer-ministro-de-canada-la-argentina> (consulta el 10/03/2017).

(Asociación Europea de Libre Comercio)²⁵, Corea²⁶, India y Japón²⁷. Este propósito cobró mayor relevancia a partir del esquema “neo-proteccionista” que procura imponer el recientemente electo Presidente de los Estados Unidos, Donald Trump (Basu, 2017, s/n). En el plano interno, cobra particular relevancia la situación en torno a la PPT desde agosto de 2016, posiblemente uno de los escenarios más complejos que ha transitado el bloque en sus veinticinco años (Perrota, 2016, s/n).

Distintos medios de prensa, comunicación y especialistas han analizado esta situación y las posibles acciones de los Estados Parte fundadores del Mercosur respecto de la República Bolivariana de Venezuela, ensayando principalmente argumentos políticos sobre la situación interna de este Estado, con especial relevancia a su coyuntura democrática actual (Scarlet, 2016, s/n) y los aparentes justificativos legales respecto al “traspaso” de la PPT. Sin embargo, en líneas anteriores hemos advertido que el Mercosur no es meramente un espacio político-social –aspecto que fue casi exclusivamente desarrollado en la última década bajo el título “Mercosur social”–, sino que posee una génesis comercial que se cristaliza no sólo en sus normas, sino también institucionalmente y allí, sostenemos, también se encuentra el norte de acción para el Mercosur.

La crisis política e institucional del Mercosur respecto al traspaso de la PPT, luego de que Uruguay informara el vencimiento de su mandato, el 30 de julio del año en curso, se funda en una interpretación del artículo 12 del TA y del artículo 5 del POP que considera concluida su PPT. Asimismo, Uruguay entendió que no existían argumentos jurídicos que impidieran el traspaso de la presidencia a Venezuela.

²⁴ En la reunión del 9 de marzo de 2017 se resolvió fortalecer el actual proceso de acercamiento entre el MERCOSUR y la Alianza del Pacífico e identificar aspectos concretos para el trabajo conjunto.

²⁵ Fuente: MREC, “Cancillería impulsa las relaciones económicas con el mundo”. Buenos Aires, 12 de septiembre de 2016, Información para la Prensa N°: 299/16, disponible en <http://cancilleria.gov.ar/cancilleria-impulsa-las-relaciones-economicas-con-el-mundo> (consulta el 10/03/2017).

²⁶ El 2 de marzo de 2017 la Canciller argentina recibió al Ministro de Comercio, Industria y Energía de Corea, ocasión en la que suscribieron el “Comunicado Conjunto relativo a la culminación exitosa del Diálogo Exploratorio entre el MERCOSUR y Corea”, con vistas a negociar, en el futuro cercano, un acuerdo comercial entre ambas partes. Ambas partes “coincidieron en que la negociación de un acuerdo comercial entre el MERCOSUR y Corea puede servir para aumentar significativamente los flujos de comercio y de inversión en ambos sentidos, así como para fortalecer la cooperación económica entre las partes”. Consecuentemente, cada Estado Parte del MERCOSUR y Corea iniciarán sus procedimientos internos con vistas a obtener el correspondiente mandato que permita iniciar las negociaciones del acuerdo comercial lo antes posible. MREC, “El MERCOSUR y Corea culminan la etapa del Diálogo Exploratorio con vistas a un Acuerdo Comercial”. Buenos Aires, 2 de marzo de 2017, Información para la Prensa N°: 056/2017, disponible en <http://cancilleria.gov.ar/el-mercosur-y-corea-culminan-la-etapa-del-dialogo-exploratorio-con-vistas-un-acuerdo-comercial> (consulta el 10/03/2017).

²⁷ Véase MREC, “Declaraciones de Malcorra luego de la reunión con sus pares de Brasil, Uruguay y Paraguay”. Buenos Aires, 9 de marzo de 2017. Información para la Prensa N°: 060/17 disponible en <http://cancilleria.gov.ar/declaraciones-de-malcorra-luego-de-la-reunion-con-sus-pares-de-brasil-uruguay-y-paraguay> (consulta el 10/03/2017).

Acto seguido Venezuela se autoproclamó como Presidente Pro Tempore, generando una situación *sui generis* en el bloque regional sobre la necesidad, o no, de un consenso para el traspaso de la presidencia. Al respecto, Paraguay afirmó que el rol principal en el Mercosur le correspondía, en este momento, a los cuatro Estados miembros fundadores, en el sentido que Venezuela no ejercía la PPT debido a sus incumplimientos²⁸ entre los que, cabe destacar, la falta de ratificación del ACE N° 18 y sus Protocolos Adicionales –a través de la adopción de un programa de liberalización comercial que exige el artículo 15–, a fin de equiparar su situación con la del resto de los Estados Partes del Mercosur en el ordenamiento jurídico de la ALADI, de particular importancia en materia comercial. Asimismo, Paraguay sostuvo que la autoproclamación de Venezuela no fue realizada ante la presencia de los Jefes de Estados y Cancilleres, es decir, una Cumbre Presidencial²⁹.

Posteriormente, con el objetivo de ayudar a encontrar un mecanismo de solución, se conformó un Grupo de Alto Nivel, cuyos integrantes son parte de la Mesa Directiva del Parlasur, bajo la presidencia del parlamentario argentino Jorge Taiana, la vicepresidencia a cargo de Arlindo Chinaglia de Brasil, Alfonso González Núñez de Paraguay, Daniel Caggiani de Uruguay y Luis Emilio Rondón de Venezuela³⁰. Por su parte, Brasil presentó similares preocupaciones aunque no adoptó una posición oficial ni formuló notas o comunicados emitidos por su Ministerio de Relaciones Exteriores. Sin embargo, la posición de este Estado podía inferirse de análisis periodísticos, y de dos situaciones puntuales: la reunión del Canciller José Serra con Henrique Capriles, Gobernador del Estado de Miranda, importante líder de la oposición venezolana, en junio 2016³¹ y el Comunicado Conjunto de Estados Miembros de la OEA sobre los acontecimientos recientes en Venezuela, realizado en agosto 2016³².

El 13 de septiembre de 2016 los Cancilleres de los Estados fundadores del Mercosur adoptaron la “Declaración conjunta relativa al funcionamiento del Mercosur y al Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur”, por la que decidieron: declarar un

²⁸ La posición oficial de Paraguay puede resumirse en la carta enviada por su Ministro de Relaciones Exteriores a sus Pares del Mercosur. Fuente: <http://www.mre.gov.py/v2/Noticia/4288/paraguay-solicita-a-sus-socios-la-revision-juridica-del-protocolo-de-adhesion-de-venezuela-al-mercosur> (consulta el 23/09/2016).

²⁹ Fuente: <http://www.mre.gov.py/v2/Contenido/549/comunicados> (consulta el 23/09/2016).

³⁰ Fuente: <http://www.mre.gov.py/v2/Noticia/4308/canciller-fue-informado-sobre-grupo-de-alto-nivel-del-parlasur-para-mediacion-en-crisis-del-mercosur> (consulta el 23/09/2016).

³¹ Fuente: <http://www.itamaraty.gov.br/es/notas-a-la-prensa/14223-visita-del-gobernador-henrique-capriles> (consulta el 23/09/2016)

³² Fuente: <http://www.itamaraty.gov.br/es/notas-a-la-prensa/14579-comunicado-conjunto-de-estados-miembros-de-la-oea-sobre-los-acontecimientos-recientes-en-la-republica-bolivariana-de-venezuela> (consulta el 23/09/2016).

estado de urgencia que merece asegurar el funcionamiento del Mercosur; que la coordinación de las negociaciones externas con terceros Estados sea realizada por los Estados fundadores; analizar nuevamente, el 1 de diciembre de 2016, el estado de cumplimiento de las obligaciones asumidas por la República Bolivariana de Venezuela en el Protocolo de Adhesión al Mercosur; y, de persistir el incumplimiento luego de la fecha fijada, implicará el cese del ejercicio de los derechos inherentes a la condición de Estado Parte del Mercosur de Venezuela, hasta que los Estados Partes signatarios del TA dispongan las condiciones para restablecer su ejercicio.

Finalmente, el 2 de diciembre de 2016, los Cancilleres de los Estados Partes signatarios del TA notificaron a su par venezolana el cese del ejercicio de los derechos inherentes a la condición de Estado Parte del MERCOSUR de la República Bolivariana de Venezuela (Cancillería Argentina, 2016, s/n). La decisión se funda, de manera genérica, en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y, en particular, en la “Declaración Conjunta Relativa al Funcionamiento del MERCOSUR y al Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela”, adoptada por los Cancilleres de los Estados Partes signatarios del Tratado de Asunción el 13 de septiembre de 2016, “tanto en carácter de principio general del derecho como en su condición de norma consuetudinaria”. En efecto, en este instrumento se estableció que el 1 de diciembre de 2016 se analizaría nuevamente el estado de cumplimiento de las obligaciones asumidas por la República Bolivariana de Venezuela en el Protocolo de Adhesión al MERCOSUR de ese país y que la persistencia del incumplimiento, a partir de esa fecha, importaría el cese del ejercicio de los derechos inherentes a su condición de estado Parte. Habiéndose constatado el estado de incumplimiento de las obligaciones asumidas por Venezuela, se decidió el cese del ejercicio de los derechos inherentes a su condición de Estado Parte del MERCOSUR. El comunicado oficial destaca que:

“Venezuela contó con cuatro años para incorporar la normativa vigente del MERCOSUR y que se le otorgó un plazo adicional para honrar sus obligaciones, que finalizó el 1 de diciembre de 2016 y que la medida adoptada regirá hasta que los Estados Partes signatarios del Tratado de Asunción convengan con ese país las condiciones para restablecer el ejercicio de sus derechos como Estado Parte”.

Esta medida generó el rechazo de Venezuela, que se manifestó airadamente en contra de la medida. La canciller Delcy Rodríguez afirmó “Venezuela no reconoce este acto írrito sustentado en

la ley de la selva de unos funcionarios que están destruyendo el Mercosur”³³ y añadió que su país “seguirá participando en el Mercosur, tenemos que defender nuestro legado histórico”³⁴. La funcionaria aseguró que “del total de las 1.563 normas que deben incorporar todos los Estados partes, Venezuela ha notificado al Mercosur, mediante los mecanismos correspondientes establecidos en las normas del Mercosur, que ha incorporado 1.479 normas, esto equivale al 95%”. Asimismo, la canciller Rodríguez dijo que Argentina no ha incorporado el 37% de los acuerdos, a Brasil le falta el 42,44%, a Paraguay el 38,12% y a Uruguay el 42,44 %³⁵.

El gobierno de Venezuela calificó la decisión como un “golpe de Estado” y subrayó que “Venezuela seguirá siendo un estado parte (de este bloque), seguiremos ejerciendo la presidencia pro tempore de este organismo (...) así lo anunciamos y lo ratificamos: nos respaldan las normas, la institucionalidad del Mercosur, el derecho internacional público” (Gómez, 2016, s/n).

Consecuentemente, envió a su Ministra del Poder Popular para Relaciones Exteriores a la Reunión Extraordinaria de Ministros de Relaciones Exteriores del Mercosur que tuvo lugar en Buenos Aires el 14 de diciembre de 2016. Allí se produjeron una serie de episodios rocambolescos ya que, según la Ministra Rodríguez –acompañada por su par boliviano, David Choquehuanca y decenas de militantes bolivarianos–, procuró entrar a la reunión y el acceso le fue negado. Posteriormente ingresó por la fuerza al Palacio San Martín, sede de la Cancillería argentina, pero fue recibida en una sala aparte por su homóloga argentina, Susana Malcorra, y por el uruguayo Rodolfo Nin Novoa, sin que pudiera participar en el encuentro del bloque. Al día siguiente mantuvo una reunión con la Canciller argentina, en la que, esencialmente, acordaron no estar de acuerdo en nada. La Canciller argentina intentó, sin éxito apaciguar las aguas, ya que Venezuela continuó atacando la medida, aseverando permanecer en el bloque e ignorando las medidas adoptadas por los Estados signatario del TA³⁶. Paralelamente, en una conferencia de prensa, la canciller Malcorra

³³ Fuente: <https://twitter.com/DrodriguezVen/status/804626503862517761> (consulta el 3/03/2017).

³⁴ Fuente: “Venezuela denuncia un “golpe de Estado” en el Mercosur”, *RT*, 2 de diciembre de 2016, disponible en <https://actualidad.rt.com/actualidad/225121-venezuela-denunciar-golpe-estado-mercosur> (consulta el 3/03/2017).

³⁵ Fuente: “Respuesta a los socios fundadores del Mercosur”, *BAE*, Buenos Aires, 8 de diciembre de 2016, p. 26, disponible en <http://prensa.cancilleria.gob.ar/respuesta-los-socios-fundadores-del-mercosur> (consulta el 3/03/2017).

³⁶ Fuente: “Argentina asumió jefatura Mercosur (con escándalo)”. *Ámbito Financiero*, Buenos Aires, 15 de diciembre de 2016, p. 13, disponible en <http://prensa.cancilleria.gob.ar/argentina-asumio-jefatura-mercosur-con-escandalo> (consulta el 3/03/2017).

informó que Argentina había asumido la presidencia rotativa del bloque para el primer semestre de 2017, un traspaso acordado con los Gobiernos de Brasil, Uruguay y Paraguay³⁷.

Sin embargo, la situación parece no estar saldada, ya que, el 20 de febrero de 2017, la Mesa Directiva del Parlasur expresó su decisión de no aceptar la sanción a Venezuela y en su XLV Sesión Ordinaria, llevada a cabo el 27 de marzo de 2017, el Parlamento del MERCOSUR aprobó la permanencia de los legisladores venezolanos en dicho órgano y debatió acerca de la necesidad de profundizar la integración regional³⁸. Como señalara oportunamente la parlamentaria Julia Perié: “no hay una normativa que nos permita obligar a cambiar la situación” (Martirena Auber, 2017, p. 4).

El 9 de marzo de 2017 tuvo lugar en Buenos Aires la reunión de trabajo de los Cancilleres de los países signatarios del TA, oportunidad en la que se abordaron cuestiones vinculadas a aspectos institucionales del MERCOSUR, incluyendo aquellas derivadas de la suspensión de la aplicación del Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR³⁹. La decisión del Tribunal Superior de Justicia de Venezuela de abrogar el ejercicio de competencias constitucionales de la Asamblea Nacional, ponerle final a la inmunidad parlamentaria de que gozan sus diputados y encargar al Presidente Nicolás Maduro gobernar por decreto, mediante un régimen de excepción y, de ser el caso, apelando a la Justicia militar, motivó una reunión de emergencia de los países del bloque el 1 de abril de 2017 en Buenos Aires. La declaración emitida con posterioridad al encuentro insta “(...) al Gobierno de Venezuela a adoptar inmediatamente medidas concretas... para asegurar la efectiva separación de poderes, el respeto al estado de derecho, a los derechos humanos y a las instituciones democráticas”, y exhorta a dicho Gobierno “(...) a respetar el cronograma electoral que se deriva de su normativa institucional, restablecer la separación de poderes, garantizar el pleno goce de los derechos humanos, las garantías individuales y las libertades fundamentales y liberar a los presos políticos”, a la vez que los Estados Partes del

³⁷ “Argentina anuncia que asume presidencia pro tempore del Mercosur”, *Sputnik*, Buenos Aires, 14 de diciembre de 2016, disponible en <https://mundo.sputniknews.com/americalatina/201612141065564127-argentina-mercursos-presidencia/> (consulta el 3/03/2017). En este link se puede ver completa la conferencia de prensa de la Canciller Malcorra.

³⁸ Fuente: MERCOSUUPM/SO/DECL. 01/2017.

³⁹ Fuente: MREC, “Reunión de trabajo de los cancilleres de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay”. Buenos Aires, 9 de marzo de 2017. Información para la Prensa N°: 061/17, disponible en <http://cancilleria.gov.ar/reunion-de-trabajo-de-los-cancilleres-de-argentina-brasil-uruguay-y-paraguay> (consulta el 10/03/2017).

Mercosur deciden continuar las consultas entre sí y promover consultas con Venezuela tendientes al restablecimiento de la plena vigencia de las instituciones democráticas en ese país⁴⁰.

Posteriormente, el 3 de abril de 2017, el Consejo Permanente de la OEA adoptó una declaración sobre la situación en Venezuela, luego de un confuso episodio, ya que la Presidencia del Consejo Permanente que recaía en Bolivia había decidido suspender la reunión de *motu proprio*. Ello obligó a trece Estados a intensificar gestiones para lograr designar a Honduras en la dirección de los debates. Luego de un debate en el que los delegados de Bolivia, Nicaragua y Venezuela cuestionaron la regularidad de la reunión, exigiendo que Honduras devolviese la conducción del debate a Bolivia, y la posterior salida de los delegados de Bolivia y Venezuela, el texto de la resolución que fue presentado por 14 Estados⁴¹ fue adoptado por consenso. Los delegados de Las Bahamas, Belice, El Salvador y República Dominicana se abstuvieron y pidieron que así constara en el texto adoptado⁴². La “Resolución sobre los sucesos recientes en Venezuela” declaró que:

“Las decisiones del Tribunal Supremo de Venezuela de suspender los poderes de la Asamblea Nacional y de arrogárselos a sí mismo son incompatibles con la práctica democrática y constituyen una violación del orden constitucional de la República Bolivariana de Venezuela. A pesar de la reciente revisión de algunos elementos de dichas decisiones, es esencial que el Gobierno de Venezuela asegure la plena restauración del orden democrático”⁴³.

Por ello resolvió:

“(…) urgir al Gobierno de Venezuela a actuar para garantizar la separación e independencia de los poderes constitucionales y restaurar la plena autoridad de la Asamblea Nacional... apoyar las medidas que permitan el retorno al orden democrático... seguir ocupándose de la situación en Venezuela y emprender, en la medida que sea necesario, gestiones diplomáticas adicionales para fomentar la normalización de la institucionalidad democrática, de conformidad con la Carta de la

⁴⁰ Fuente: MREC, “Cancilleres del MERCOSUR se reunieron en Buenos Aires por la situación en Venezuela”, Buenos Aires, 1 abril de 2017. Información para la Prensa N°: 104/17, disponible en <http://www.cancilleria.gob.ar/cancilleres-del-mercosur-se-reunieron-en-buenos-aires-por-la-situacion-en-venezuela> (consulta el 06/04/2017).

⁴¹ Los Estados que presentaron la iniciativa son: Antigua y Barbuda, Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Paraguay y Perú.

⁴² Cabe señalar que la única Ministro de Relaciones Exteriores presente en la reunión fue la Canciller argentina, Susana Malcorra, cuya intervención fue interrumpida en reiteradas oportunidades por el delegado de Venezuela con mociones de orden, causando el profundo malestar de los delegados de Argentina y de otros Estados.

⁴³ CP/RES. 1078 (2108/17), aprobada por el Consejo Permanente de la OEA, en la sesión celebrada el 3 de abril de 2017. Disponible en http://scm.oas.org/doc_public/spanish/hist_17/cp37454s03.doc (consulta el 06/04/2017).

Organización de los Estados Americanos y la Carta Democrática Interamericana, incluyendo la convocatoria de una reunión de nivel ministerial”.

Tanto la declaración del Mercosur como la resolución del Consejo Permanente de la OEA fueron recibidas negativamente por el Gobierno venezolano que las rechazó enfáticamente, acusando a los Estados promotores de estas iniciativas de promover una política injerencista sobre los asuntos internos de la República Bolivariana⁴⁴.

V. La solución prevista en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969

Los acuerdos alcanzados en el marco de la ALADI y el Mercosur quedan comprendidos dentro de la definición del artículo 2.1.a) de la CVDT⁴⁵, por lo que las normas de esta Convención resultan aplicables, de manera subsidiaria, para interpretar y solucionar las disputas referidas a la interpretación y aplicación del acervo Mercosur y las normas de la ALADI⁴⁶. Así lo han entendido además numerosos laudos arbitrales de tribunales *ad hoc* del Mercosur⁴⁷ y del TPR⁴⁸ y lo menciona

⁴⁴ A título de ejemplo puede verse “Cancillería rechazó activación de la Cláusula Democrática del Mercosur”, El Nacional, 1 de abril de 2017, disponible en http://www.el-nacional.com/noticias/gobierno/cancilleria-rechazo-activacion-clausula-democratica-del-mercosur_88527 (consulta el 06/04/2017). Esta cuestión es brevemente analizada en el punto V.2.c) de este trabajo.

⁴⁵ La CVDT, en su artículo 2.1.a), adopta un concepto restringido de tratados, al caracterizarlos como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o en más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”. Esta definición limita la aplicación de la Convención a los acuerdos concertados: a) en forma escrita, ya sea en un instrumento único o en varios conexos; b) entre Estados; c) regidos por el DI, y d) sin que importe la denominación que reciban (ARREDONDO: 2012, p. 33).

⁴⁶ En efecto, existen numerosas instancias en las que las normas del Mercosur recurren a la CVDT. A título de ejemplo puede mencionarse la Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 10/06, que en sus considerandos se refiere expresamente a las disposiciones del Artículo 25 CVDT sobre aplicación provisional de los tratados y las hace propias en esa Decisión. Fuente: <http://www3.nd.edu/~ggoertz/rei/rei800/rei800.59tt2.pdf> (consulta el 23/09/2016). En el mismo sentido, Deluca sostiene que “desde el punto de vista formal, ... nos encontramos frente a normas convencionales internacionales sujetas a las reglas del derecho internacional en materia de tratados, es decir a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados” (DELUCA, 2012, pp. 249-250).

⁴⁷ Vg. El 10 de marzo de 2000, el Tribunal Arbitral *Ad Hoc* del MERCOSUR, que decidió sobre la “Aplicación de Medidas de Salvaguardia en Productos Textiles – Resolución 861/99 del ME y OSP”, a lo largo de su decisión, “tomó en consideración para interpretación de la normativa MERCOSUR, los principios establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (“Convención de Viena”). De acuerdo a la Convención de Viena, un tratado deberá ser interpretado de buena fe conforme el sentido corriente a dar a los términos del tratado. Así, el Tribunal expresó su entendimiento de que una interpretación textual de las normas MERCOSUR era suficiente para comprender el contenido y alcance de dichas normas”. Fuente: http://www.sice.oas.org/dispute/mercosur/aclar3_s.asp#note1 (consulta el 23/09/2016).

⁴⁸ V.g. Laudo n° 01/2012. “Laudo del Tribunal Permanente de Revisión en el procedimiento excepcional de urgencia solicitado por la República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los órganos del Mercado Común del Sur (Mercosur) y a la incorporación de Venezuela como miembro pleno”. Asunción, 21 de julio de 2012. Disponible en http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2012_es.pdf (consulta el 23/09/2016).

expresamente la decisión que dispone el cese del ejercicio de los derechos inherentes a la condición de Estado Parte del MERCOSUR de la República Bolivariana de Venezuela.

Si bien Venezuela no es parte de la CVDT, sus disposiciones resultan actualmente aplicables a través de la costumbre internacional. En general, se reconoce que una norma de derecho internacional consuetudinario es vinculante para todos los Estados, hayan o no participado en la práctica de la que surgió⁴⁹. Esta situación es expresamente subrayada por la decisión de 2 de diciembre de 2016, que expresamente afirma que “dicha medida, que tiene su fundamento en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, tanto en carácter de principio general del derecho como en su condición de norma consuetudinaria”.

Por lo tanto, resulta procedente analizar el comportamiento de Venezuela en el marco de lo dispuesto por la CVDT, para evaluar si este Estado ha cumplido con los requisitos para una completa adhesión al ACE N° 18, obrando de buena fe o, en caso de que no lo haya hecho, si ese incumplimiento podría dar lugar a una pérdida expresa del status de Estado miembro por parte de Venezuela, en virtud de las disposiciones relativas a la terminación de los tratados previstas en la Convención.

V.1. El incumplimiento de Venezuela con las normas Mercosur

El artículo 26 CVDT contiene el conocido principio llamado *pacta sunt servanda*, esto es, “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Un tratado es una de las formas más incontestables de las que pueden nacer normas de obligado cumplimiento entre dos o más Estados y, por lo tanto, una evidente fuente formal del derecho internacional. El principio *pacta sunt servanda* es considerado determinante para confirmar el carácter vinculante de los tratados y constituye actualmente, según Villiger, “el corazón de la Convención” y una “piedra angular de las relaciones internacionales” cuya regla de validez jamás ha sido cuestionada por un tribunal (Villiger, 2009, pp. 363-365)⁵⁰. El objetivo de celebrar un acuerdo vinculante es que cada una

⁴⁹ El fallo clásico en esta materia es la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de *North Sea Continental Shelf* (1969) entre Alemania y Dinamarca/Países Bajos, cuando la Corte analizó el proceso por el cual un tratado podría convertirse o generar una norma consuetudinaria, aunque el análisis de la CIJ es aplicable asimismo a la creación de la costumbre en general (ARREDONDO, 2012, p. 71).

⁵⁰ Este jurista agrega que la regla se aplica, sin excepción, a todos los tratados, incluidos sus anexos y apéndices. Afirma que aquella es válida en todas las etapas de un tratado luego de la negociación: entrada en vigor, interpretación, aplicación y terminación. *Ibidem*. Idéntica apreciación realizan Dörr y Schmalenbach quienes destacan, asimismo, el

de las partes pueda ser capaz de confiar en el cumplimiento del tratado por la otra parte o partes, aun cuando ese cumplimiento pueda haberse tornado oneroso o inconveniente para la contraparte.

La *adhesión* (artículo 15 CVDT) es una de las formas de manifestar el consentimiento en obligarse por un tratado y es el medio principal por el cual un Estado puede llegar a ser parte en un tratado multilateral si, por la razón que sea, no suscribió el instrumento. El tratado puede limitar la firma a algunos o a una categoría específica de Estados. Ningún Estado tiene derecho a adherir, a menos que el tratado así lo disponga o las partes lo hayan convenido. Los tratados multilaterales casi siempre incluyen una cláusula de adhesión y el derecho a acceder, por lo general, se podrá ejercer incluso antes de la entrada en vigor del tratado. Las normas sobre *depósito* de los instrumentos de ratificación se aplican también a los instrumentos de adhesión, que tienen los mismos efectos jurídicos que la ratificación.

En el caso del Mercosur, el artículo 20 del TA establece:

“El presente Tratado estará abierto a la adhesión, mediante negociación, de los demás países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración, cuyas solicitudes podrán ser examinadas por los Estados Partes después de cinco años de vigencia de este Tratado. No obstante, podrán ser consideradas antes del referido plazo las solicitudes presentadas por países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración que no formen parte de esquemas de Integración subregional o de una asociación extraregional. La aprobación de las solicitudes será objeto de decisión unánime de los Estados Partes”.

La Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 28/05 reglamentó el artículo 20 TA. En particular, su artículo 3 dispone que:

“Luego de aprobada la solicitud, el Consejo del Mercado Común instruirá al Grupo Mercado Común que negocie con los representantes del Estado adherente las condiciones y términos específicos de la adhesión, los que deberán necesariamente comprender:

- I – la adhesión al Tratado de Asunción, al Protocolo de Ouro Preto y al Protocolo de Olivos para Solución de Controversias del MERCOSUR;
- II – la adopción del Arancel Externo Común del MERCOSUR, mediante la definición, en su caso, de un cronograma de convergencia para su aplicación;

reconocimiento a esta regla en el Preámbulo III de la CVDT para luego afirmar que los derechos y obligaciones de un tratado no son “peones en manos de una sola parte” (DÖRR & SCHMALENBACH, 2012, pp. 427-428).

III – la adhesión del Estado adherente al Acuerdo de Complementación Económica N° 18 y sus Protocolos Adicionales a través de la adopción de un programa de liberalización comercial;

IV – la adopción del acervo normativo de MERCOSUR, incluyendo las normas en proceso de incorporación;

V – la adopción de los instrumentos internacionales celebrados en el marco del Tratado de Asunción; y

VI – la modalidad de incorporación a los acuerdos celebrados en el ámbito del MERCOSUR con terceros países o grupos de países, así como su participación en las negociaciones externas en curso”⁵¹.

La adhesión que realicen los Estados Miembros de la ALADI al ACE N° 18 abarca, además de dicho instrumento, más de un centenar de protocolos adicionales. El artículo 15 de este documento prevé que:

“El presente Acuerdo estará abierto a la adhesión, previa negociación, de los restantes países miembros de la ALADI. Conforme lo dispuesto en el Tratado de Asunción, la adhesión se formalizará, una vez negociados los términos de la misma, mediante la suscripción entre todos los países signatarios y el país que desee adherir, de un Protocolo Adicional al presente Acuerdo, que entrará en vigor treinta días después de su depósito en la Secretaría General de la ALADI”⁵².

De lo expuesto, se desprende que: a) la adhesión al TA supone también la adhesión al ACE N° 18; b) se trata de dos actos jurídicos separados y sólo pueden adherir al ACE N° 18 los que hayan adherido al TA; c) es necesario el negociar, previamente, el acuerdo de todos los Estados signatarios del ACE para poder aceptar la adhesión; y d) la adhesión se formaliza mediante la suscripción de un protocolo adicional al ACE N° 18 que debe también ser firmado por el país adherente. Cabe señalar que las *Decisiones* son:

“(…) normas de mayor jerarquía que representan la expresión por la cual se manifiesta el Consejo Mercado Común, que al emanar del órgano político del Mercosur regulan todos aquellos aspectos fundamentales que hacen a la consolidación del Mercado Común. Éstas normas son ‘obligatorias para todos los Estados Parte’ (artículo 9 POP), peculiaridad que al relacionarla con el artículo 42 POP no hace más que reafirmar la

⁵¹ Artículo 3, inc.III, Decisión CMC N° 28/05.

⁵² Cfr. ACE N° 18, Artículo 15.

primacía y obligatoriedad que revisten en el ámbito jurídico del proceso de integración”
(Deluca, 2012, p. 252).

En el mismo sentido, el artículo 15 POP expresa que las *Resoluciones* “serán obligatorias para los Estados Parte” y “cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país”, en idéntico reenvío a las disposiciones del artículo 42 POP (Arredondo, 2003, pp. 77-90). Las Directivas gozan del mismo carácter obligatorio⁵³.

Por lo tanto, al adherirse Venezuela al Mercosur asume el compromiso de dar cumplimiento a todas sus normas, que se transforman en obligatorias para este país.

El 13 de septiembre de 2016, los Cancilleres de los Estados Partes del Mercosur suscribieron la *Declaración conjunta relativa al funcionamiento del Mercosur y al Protocolo de adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur*⁵⁴ que decide, a fin de asegurar el funcionamiento del Mercosur y por razones de urgencia, que “(...) los cuatro Estados Partes signatarios del Tratado de Asunción definirán los cursos de acción y adoptarán las decisiones necesarias en materia económica y comercial y otras materias esenciales” (artículo 1) y resolvió que “las negociaciones externas con terceros países y grupos de países serán coordinadas por los cuatro Estados Partes signatarios del Tratado de Asunción” (artículo 2). En lo que se refiere específicamente al cumplimiento de los compromisos asumidos por Venezuela, expresan que los Estados Partes “han verificado el no cumplimiento por parte de la República Bolivariana de Venezuela de lo acordado en el Protocolo de Adhesión en cuanto a la adopción del acervo normativo vigente del MERCOSUR” y que “la República Bolivariana de Venezuela no ha adherido al Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica N° 18 (ACE 18)”. Consecuentemente, disponen que, el 1° de diciembre de 2016 se analizaría nuevamente el estado de cumplimiento de las obligaciones asumidas por Venezuela en el Protocolo de Adhesión al Mercosur para asegurar el funcionamiento del bloque, “(...) en base a los principios y al objeto y fin del Tratado de Asunción” (artículo 3) y que, de persistir el incumplimiento a esa fecha, ello importará el cese del ejercicio de los derechos inherentes a la condición de Estado Parte del Mercosur, hasta que los Estados Partes signatarios del Tratado de Asunción convengan con la República Bolivariana de Venezuela las

⁵³ Artículo 20 POP.

⁵⁴ La Declaración fue aprobada por consenso de los cuatro Estados Partes signatarios del Tratado de Asunción, con el apoyo expreso de la República Argentina, de la República Federativa del Brasil y de la República del Paraguay y con la abstención de la República Oriental del Uruguay.

condiciones para restablecer el ejercicio de sus derechos como Estado Parte (artículo 4). Como vimos, el 2 de diciembre de 2016 los Estados Partes signatarios del TA constataron el incumplimiento de esas obligaciones y, consecuentemente, dispusieron el cese del ejercicio de los derechos inherentes a su condición de Estado Parte del MERCOSUR. Sin embargo, esa “constatación” es impugnada por Venezuela que alega haber incorporado el 95% de las disposiciones del bloque.

V.2. Posibles determinaciones de la naturaleza del incumplimiento de Venezuela

Como sucede con todas las normas, las disposiciones establecidas en los tratados están destinadas a producir efectos, “lo que significa que deben *aplicarse* en el sentido más amplio del término” (Reuter, 1999, p. 191). La falta de aplicación puede deberse a distintas circunstancias, que han sido contempladas en la Parte V (Arts. 42-72) de la CVDT y que ponen de relieve que el tratado ha entrado en crisis. El tratado se ve afectado por causas que determinan su nulidad, suspensión de su aplicación o eventualmente su terminación, lo que inexorablemente repercute en las relaciones entre los Estados partes. Dada la gravedad que este tipo de situación implica (la antítesis del *pacta sunt servanda*), al codificarse el Derecho de Tratados se pusieron una serie de condiciones para reducir, en la medida de lo posible, los efectos que esos supuestos puedan acarrear (Arredondo, 2012, pp. 61 y ss.).

Al respecto, Remiro Brotóns, afirma que “un tratado válidamente celebrado y concluido puede terminar o ver suspendida su aplicación, eximiendo a las partes de la obligación de seguir cumpliéndolo de forma definitiva o temporal” (Remiro Brotóns, 2007, p. 468). Un tratado puede darse por terminado por causas que aparecen con posterioridad a conclusión del mismo, como sucede con la suspensión y a diferencia de lo que ocurre con la nulidad. La terminación y suspensión pueden ocurrir por acuerdo de las partes⁵⁵ o al margen del acuerdo de las partes⁵⁶. En particular, en el caso de los tratados multilaterales, la falta de aplicación o cumplimiento de un tratado puede ser de manera temporal o definitiva y referirse a uno o varios Estados. Ello sucede cuando una de las partes pierde su calidad de tal en un tratado multilateral que continúa aplicándose entre las otras partes. De esta manera, el tratado deja de producir efectos de manera temporal o definitiva en relación con una, varias o todas las partes.

⁵⁵ Supuestos contemplados en los Arts. 54 y 59 CVDT.

⁵⁶ Supuestos contemplados en los Arts. 55, 56.1 y 60-64 CVDT

Venezuela se encontraba en condiciones legales de adherir al ACE N° 18 a fin de equiparar su situación con la del resto de los Estados Parte del Mercosur en el ordenamiento jurídico de la ALADI, con un plazo de cuatro años que venció el 12 de agosto de 2016 y respecto del cual el Estado candidato no formuló solicitud de prórroga alguna, debiendo realizar las ratificaciones y adecuaciones normativas de importantes disposiciones del ordenamiento jurídico “mercosureño”. Esas obligaciones surgen de las disposiciones del Tratado de Asunción, cuyo artículo 2 del Tratado de Asunción establece que el MERCOSUR está fundado en el principio de la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados Partes, el mencionado Protocolo de Ouro Preto, reglamentado por la Decisión CMC N° 28/05, y el *Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur*, cuyo artículo 10 le atribuyó a Venezuela la condición de Estado Parte y la participación en el Mercosur con todos los derechos y obligaciones, de conformidad con el artículo 2 TA y con los términos de dicho Protocolo.

Por lo tanto, en el caso que nos ocupa, se podrían esgrimir diversos argumentos para la suspensión⁵⁷, solución adoptada el 2 de diciembre de 2016, o terminación de los derechos y obligaciones de Venezuela en el marco del Mercosur:

a) *Terminación o suspensión por consecuencias previstas en los propios acuerdos*

De conformidad con la CVDT, la terminación o suspensión de un tratado puede ocurrir, en primer lugar, en virtud y con las consecuencias que las partes hayan convenido en el propio tratado (artículo 54.a) o en un momento posterior, ya sea de manera expresa (artículo 54.b), implícita (artículo 59.1), o incluso tácitamente. En algunas ocasiones sucede que los propios tratados contienen condiciones resolutorias, que harán que el tratado termine respecto a todas o alguna de las partes cuando se verifique el cumplimiento de esa condición. Los negociadores gozan de una amplia libertad de elección para convenir cláusulas previsoras y, de hecho, suelen hacerlo, particularmente en el caso de los tratados multilaterales.

Por ello, se podría argumentar que, al no dar cumplimiento las obligaciones contenidas en el Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, la Decisión CMC N° 28/05 y *Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur*, los Estados Partes signatarios del TA pueden decidir continuar con la suspensión o terminar los derechos y obligaciones de Venezuela en el Mercosur. De la decisión adoptada por los Cancilleres el 2 de diciembre de 2016, surge

⁵⁷ La decisión de los Estados Partes signatarios del TA no menciona específicamente la expresión “suspensión” sino que la caracteriza como “el cese del ejercicio de los derechos inherentes a su condición de Estado Parte del MERCOSUR”.

claramente que los Estados fundadores han decidido suspender temporal o provisoriamente los derechos y obligaciones de Venezuela hasta que ellos convengan con Venezuela las condiciones para restablecer el ejercicio de sus derechos como Estado Parte, arrogándose de este modo el derecho de continuar con el funcionamiento de la organización sin la participación de este país. Sin embargo, de persistir el incumplimiento de Venezuela, los Estados Partes signatarios del TA podrían eventualmente decidir dar por terminado el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de Venezuela como Estado Parte del Mercosur. La redacción de medida de suspensión contiene una ambigüedad que podría dar lugar a dos interpretaciones diferentes: i) de continuar el incumplimiento de Venezuela, la utilización de la expresión “cese del ejercicio de los derechos inherentes a la condición de Estado Parte del Mercosur”, en términos literales⁵⁸ significaría la *terminación* del relacionamiento entre el Mercosur y Venezuela y, en caso de que resurgiera la voluntad recíproca de vincularse, sería necesario que las partes entablaran nuevamente negociaciones tendientes a ese fin; o bien, ii) si esa expresión se complementa con la cláusula⁵⁹ que le sigue, que reza “hasta que los Estados Partes signatarios del TA convengan con Venezuela las condiciones para restablecer el ejercicio de sus derechos como Estado Parte”, se podría interpretar que se trata meramente de una *suspensión* de los derechos de Venezuela inherentes a la condición de Estado Parte del Mercosur.

La suspensión procura brindar una alternativa aceptable a la terminación, procurando eludir las consecuencias sustanciales de ésta⁶⁰. De considerarse una “suspensión de la aplicación de un tratado”⁶¹, lo esencial es que las relaciones jurídicas existentes entre las partes y establecidas por el tratado no se vean afectadas de otro modo. Adicionalmente, las partes “deberán de abstenerse de todo acto encaminado a obstaculizar la reanudación de la aplicación de un tratado”⁶². Cualquier hecho, acto u omisión de naturaleza intencional destinado a obstaculizar esa aplicación constituiría una violación a la obligación de buena y al *pacta sunt servanda*.

Un elemento que cabe analizar es si la falta de aplicación del tratado afecta a la totalidad de las normas (integridad) o se refiere a alguna de sus disposiciones (divisibilidad). Manifiestamente, el ingreso de Venezuela a la organización se produjo en los términos y condiciones especificados

⁵⁸ Artículo 31 CVDT.

⁵⁹ El Diccionario de la RAE, en su segunda acepción, define “clausula” como “Tradicionalmente, conjunto de palabras que, formando sentido completo, encierran una sola oración o varias íntimamente relacionadas entre sí”.

⁶⁰ Esta es una de las razones por las que CDI decidió abordar el tratamiento de la suspensión y terminación de manera conjunta, “con la esperanza de que ello (por la suspensión) pueda parecer razonable” (REUTER: 1999, p. 194).

⁶¹ Artículo 57 CVDT.

⁶² Artículo 72.2 CVDT.

previamente, por lo que su adhesión implica la aceptación de un régimen coherente e integral, que resulta en un todo único e indivisible, ya de otro modo se afectaría sustancialmente el *sinagma* entre las partes⁶³.

La determinación de falta de aplicación de un tratado, por lo general, no es automática, sino que implica un procedimiento mediante el cual se notifica a la parte incumplidora la motivación de la suspensión y se le otorga un tiempo determinado para el cumplimiento de los compromisos asumidos⁶⁴. Esto es lo que realizaron los Estados signatarios del TA mediante la Declaración del 2 de diciembre de 2016. Aquí cabe tener en cuenta que la CVDT señala que el plazo otorgado para subsanar el incumplimiento, salvo casos de urgencia, no debería ser inferior a tres meses “contados desde la recepción de la notificación”⁶⁵. Sin embargo, como la propia CVDT prevé, este plazo puede acortarse por razones de urgencia.

La falta de acciones efectivas por parte de Venezuela tendientes a dar cumplimiento a los compromisos asumidos al adherirse al Mercosur, tanto en lo que respecta al ACE 18 y sus Protocolos Adicionales como a la incorporación en su ámbito interno de toda la normativa y compromisos vigentes entre cada uno de los Estados Partes fundadores del Mercosur, puede ser entendida como un accionar contrario a la buena fe que debe imperar en materia de tratados, especialmente aplicable al caso a tenor de lo dispuesto en el artículo 18 de la CVDT⁶⁶, ya que su actitud resultaría en efecto contraria a los objetivos previstos en el artículo 1º del ACE N° 18 en lo que respecta al programa de liberalización comercial y a la adopción de disciplinas relacionadas.

Por otra parte, Venezuela, al no revestir carácter de signatario del ACE N° 18 y sus protocolos adicionales ni haber incorporado todo el acervo Mercosur previo, no puede beneficiarse de los derechos que le otorgaría ese marco normativo. Por ello, debe subrayarse que Venezuela

⁶³ La CVDT adopta el principio de la integridad como regla general, siendo la divisibilidad una excepción que debe ser acordada o fundamentada (ver Artículo 44).

⁶⁴ Artículo 65 CVDT.

⁶⁵ Artículo 65.2 CVDT.

⁶⁶ Al respecto, Villiger sostiene que la norma posee su origen en el artículo 9 del *Harvard Draft* sobre el derecho de los tratados, de 1935 y afirma que, actualmente, la norma posee un importante valor en aquellos tratados que no han entrado en vigor y cuyos Estados sólo poseen *status* de firmantes por un período prolongado. En otras palabras, concluye que el artículo 18 de la CVDT tiene como fin elevar la conducta exigida a los Estados de un modo objetivamente exigible para una etapa temprana en la vida de un tratado (VILLIGER: 2009, pp. 245-253). Por su parte, Dörr y Schmalenbach consideran que esta norma protege la expectativa legítima de los participantes de un tratado ante un Estado que lo ha aceptado pero aún no le es vinculante, razón por la que no debe actuar en contra del objeto de su aceptación, estableciendo una protección entre la firma y la ratificación y entre la ratificación y la entrada en vigor del tratado. En esencia, interpretan que es básicamente una obligación de buena fe inherente al derecho de los tratados y, de hecho, a todo el derecho internacional (DÖRR & SCHMALENBACH: 2012, pp. 219-220).

está en falta con el proceso de integración subregional también en el plano institucional, ya que su situación le impide integrar los órganos principales de carácter decisorio como, por ejemplo, el Tribunal Permanente de Revisión.

b) Terminación de un tratado por hechos imprevistos al momento de su celebración

La terminación o suspensión de un tratado puede producirse causas *externas* al acuerdo, es decir, ser la consecuencia de la aparición de hechos imprevistos al momento de su celebración (Andrés Sáenz de Santa María, 2011, p. 172). “Todas ellas son *meros* hechos y no implican un acto jurídico” (Reuter, 1999, p. 214). La CVDT incluye diversos supuestos, aunque, para la cuestión *sub examine*, nuestro análisis se limitará a dos de ellos: i) la violación grave del objeto del tratado⁶⁷ y ii) el cambio fundamental de las circunstancias⁶⁸.

b) i) la violación grave del objeto del tratado

La doctrina anglosajona distingue entre una violación grave de un tratado de naturaleza *material* o bien *fundamental*. La primera es definida como “a) un rechazo del tratado no admitido por la presente Convención”; o b) la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado”⁶⁹. La violación material debe ser del propio tratado y no de otro tratado o de las normas generales del derecho internacional⁷⁰. La determinación de lo que es una violación grave material dependerá de la circunstancias de cada caso. El incumplimiento *fundamental* o esencial va a la raíz misma de un tratado. Aunque no se lo menciona expresamente en la Convención, el concepto está contenido dentro del concepto de violación material (Aust, 2010, p. 96).

El *objeto del tratado* es un concepto más amplio que “el objeto indispensable para el cumplimiento del tratado”. El objeto del tratado está compuesto por la totalidad de los compromisos asumidos en él y, por lo tanto, puede frustrarse por una amplia variedad de circunstancias y factores.

El incumplimiento de Venezuela al que nos hemos referido anteriormente podría ser considerado como una *violación grave* de los compromisos asumidos por este Estado al adherirse al Mercosur, tanto desde el punto de vista material como formal, dado que las obligaciones incumplidas afectan a la totalidad de la relación jurídica establecida entre los Estados Partes y repercuten, sin duda, en el sinalagma al que se obligaron sus miembros. Esa violación grave de las normas del TA,

⁶⁷ Artículo 60 CVDT

⁶⁸ Artículo 62 CVDT.

⁶⁹ Artículo 60.3 CVDT.

⁷⁰ Véase la decisión de la CIJ en el asunto *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia) Judgment*, I.C.J. Reports 1997, p. 7, para. 106., disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf> (consulta el 23/09/2016).

el POP, la Decisión CMC N° 28/05 y *Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur*, faculta a las otras partes, procediendo por acuerdo unánime, a suspender la aplicación del tratado total o parcialmente o darlo por terminado, “sea i) en las relaciones entre ellas y el Estado autor de la violación; o ii) entre todas las partes”⁷¹.

b) ii) el cambio fundamental en las circunstancias

Esta causa es conocida por cláusula o doctrina *rebus sic stantibus*. Se trata de una causal de carácter excepcional, que precisa de la concurrencia de ciertos requisitos: a) que afecte a circunstancias existentes en momento de celebración del tratado (puede tratarse de circunstancias fácticas o jurídicas) (elemento objetivo); b) esas circunstancias tienen que haber sido la base esencial del consentimiento de las partes en obligarse (elemento subjetivo); c) no deben haber sido previstas por las partes en el momento de celebración del tratado; y d) el cambio tiene que ser fundamental.

Puede afirmarse que la falta de cumplimiento de Venezuela con sus obligaciones jurídicas modifica radicalmente las circunstancias sobre cuya base se celebró el *Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur*. Ello implica tanto un aspecto cualitativo como uno cuantitativo. Desde el primer punto de vista, este incumplimiento afecta los hechos mismos en los que se basaron los Estados signatarios del TA para otorgar su consentimiento. En lo cuantitativo, el cambio es de tal naturaleza o lo suficientemente extenso para modificar por completo las condiciones del acuerdo y afectar su razón de ser, es decir, ese cambio tiene “por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado”⁷², afectando de esta manera el equilibrio contractual. De persistir Venezuela en ese incumplimiento, el cambio es tan profundo que ni siquiera es posible en pensar un reacomodamiento de la ecuanimidad de los acuerdos.

c) La democracia como condición “sine qua non”

Por otra parte, cabe considerar la crisis política de Venezuela, sobre la que tanto se ha dicho y se ha escrito. Este país atraviesa por una grave situación interna, caracterizada por la escasez de alimentos, una inflación de tres dígitos, una de las tasas de homicidios más altas del mundo y el colapso de los servicios públicos, incluyendo la salud (Puente, 2016, s/n), está al borde de la

⁷¹ Artículo 60.2.a) CVDT.

⁷² Artículo 62.1.b) CVDT.

implosión⁷³. La magnitud de la crisis llevó a que el 31 de mayo pasado el Secretario General de la Organización de Estados Americanos (OEA), Luis Almagro, de manera justificada⁷⁴ pero quizás apresurada, invocara la Carta Democrática de la OEA⁷⁵. La reacción de Venezuela fue convocar al Consejo Permanente a fin de procurar bloquear la aplicación de la Carta Democrática, a través de la aprobación de una declaración de los 34 países miembros de la organización “en apoyo al diálogo, la Constitución y la paz”⁷⁶. La aprobación de esta declaración fue considerada una “victoria” por parte de la Canciller venezolana⁷⁷. El proyecto de declaración fue negociado durante una semana por más de 20 Estados bajo el liderazgo de Argentina. Su aprobación generó un fuerte disgusto de la oposición venezolana, que calificó la posición argentina como “hipócrita”⁷⁸. La posición del Gobierno venezolano considera que la aplicación de la Carta sería una “interferencia en los asuntos internos del Estado Venezolano”⁷⁹.

En efecto, como se señalara en el punto IV *supra*, tanto la declaración del Mercosur como la resolución del Consejo Permanente de la OEA de principios de abril de 2017 fueron recibidas negativamente por el Gobierno venezolano que las rechazó enfáticamente, acusando a los Estados promotores de estas iniciativas de promover una política injerencista sobre los asuntos internos de la República Bolivariana. Venezuela no sólo impugnó el accionar del Mercosur y la OEA sino que además exigió “(...) el cese del hostigamiento, acoso y agresiones contra el país y de los intentos de desestabilización adelantados por este club de gobiernos confabulados de la región y algunos de sus personeros, todos obedeciendo mandatos imperiales”⁸⁰.

En el sistema internacional actual pueden observarse diversos marcos normativos que compiten entre sí tanto por la legalidad como por la legitimidad al momento de fundamentar o justificar políticamente y legalmente el comportamiento de los Estados en el plano internacional o doméstico. Los últimos sesenta años han sido testigos de la creciente relevancia de diversos instrumentos en materia de derechos humanos que permiten observar una clara evolución tendiente

⁷³ <http://www.lagaceta.com.ar/nota/684762/economia/pais-no-sabe-aun-como-salir-crisis.html> (consulta el 23/09/2016).

⁷⁴ http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=D-009/16 (consulta el 23/09/2016).

⁷⁵ <http://www.oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf> (consulta el 23/09/2016).

⁷⁶ http://scm.oas.org/doc_public/SPANISH/HIST_16/CP36366S04.doc (consulta el 23/09/2016).

⁷⁷ <http://www.dw.com/es/oficialismo-de-venezuela-ve-victoria-en-resoluci%C3%B3n-de-la-oea/a-19299386?maca=sp-rss-sp-inter-1008-rdf> (consulta el 23/09/2016).

⁷⁸ <http://www.ianacion.com.ar/1905258-reproches-a-macri-de-la-oposicion-venezolana> (consulta el 23/09/2016).

⁷⁹ <http://www.lagaceta.com.ar/nota/684501/mundo/almagro-go-home-grito-maduro.html> (consulta el 23/09/2016).

⁸⁰ Fuente: “Cancillería rechazó activación de la Cláusula Democrática del Mercosur”, El Nacional, 1 de abril de 2017, disponible en http://www.el-nacional.com/noticias/gobierno/cancilleria-rechazo-activacion-clausula-democratica-del-mercosur_88527 (consulta el 06/04/2017).

a establecer límites a la concepción tradicional de soberanía territorial ante situaciones que implican violaciones de los derechos humanos.

La evolución en la interpretación y aplicación de estos conceptos ha llevado a una flexibilización del principio de no intervención, mientras que paralelamente la protección de los derechos humanos ha cobrado mayor fuerza. Consecuentemente, el concepto de soberanía lejos de ser considerado absoluto ha ido erosionándose para dar cabida a la acción de la comunidad internacional en casos en los que se producen violaciones de los derechos humanos. Ello significa que las materias que constituían el dominio reservado del Estado se han contraído, a la par que las normas del derecho internacional de los derechos humanos han ido creciendo y consolidándose, para transformarse primero en estándares generalmente aceptados (Teitel, 2011)⁸¹. La soberanía más que un derecho absoluto es una noción instrumental y contingente, cuya validez depende de que la soberanía sea una herramienta del Estado al servicio de los intereses de la población y no un escudo del Estado frente a la potencial acción de la comunidad internacional en defensa de los derechos de esa población.

Como se pusiera de relieve previamente, el Mercosur no es meramente un área destinada a la facilitación del comercio entre los Estados Partes sino que, institucionalmente, intenta definirse como un espacio político en el que sus participantes comparten valores y principios comunes, entre ellos -y quizás los principales- la preservación de la democracia como sistema de gobierno de los países la que lo componen y la protección y el respeto a los derechos humanos.

Venezuela ha sido criticada, no sólo en la región, en ambos planos. El mismo día de la adopción de la Declaración de los Cancilleres sobre Venezuela (13 de septiembre de 2016), el Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) de las Naciones Unidas, Zeid Ra'ad al-Hussein, denunció, entre otros, al gobierno de Venezuela, por bloquear los intentos de los funcionarios de esa Oficina de investigar las denuncias de alegados abusos de los derechos humanos en ese país, señalando que ninguna de las peticiones de visitas al país que había requerido en los últimos meses había sido concedida (Cumming-Bruce, 2016, s/n). Al-Hussein manifestó que estos Estados suelen invocar lo que describió como “argumentos espurios” que sostienen que las investigaciones de derechos humanos violan la soberanía nacional. Asimismo Zeid, luego de la decisión del Tribunal Supremo de Venezuela ya referida, emitió una declaración

⁸¹ En idéntico sentido ver ARREDONDO, Ricardo, *Intervención Humanitaria y responsabilidad de proteger. ¿Hacia un nuevo paradigma de protección de los derechos humanos?*, Catálogos, Buenos Aires, 2012.

expresando “(...) su profunda preocupación por la decisión de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela de asumir los poderes legislativos de la Asamblea Nacional” y exhortó al Gobierno de ese país a reconsiderar la decisión. Al respecto, recordó que “(...) la separación de poderes es fundamental para que funcione la democracia, así como el mantener los espacios democráticos abiertos es esencial para asegurar que los derechos humanos estén protegidos”⁸².

En el plano “democrático” conviene recordar que el final de la Guerra Fría trajo aparejadas nuevas tendencias que ponen de relieve la emergencia de una práctica estatal regional latinoamericana consistente en la imposición de *cláusulas democráticas*. El *Protocolo de Ushuaia Sobre Compromiso Democrático en el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile*⁸³ regula las relaciones entre los Estados miembros y asociados del Mercosur y establece un procedimiento que los gobiernos han de seguir en caso de ruptura del orden democrático en alguno de estos Estados. De ser el caso, los demás gobiernos tienen que promover consultas pertinentes con el Estado afectado. Si las negociaciones resultan infructuosas, el Protocolo exige a los gobiernos que consideren la aplicación de otras medidas, teniendo en cuenta la gravedad de la situación existente, la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos de los respectivos procesos de integración, o la suspensión de derechos y obligaciones que emerjan de estos procesos⁸⁴. Estas disposiciones, que serán adoptadas mediante consenso entre los Estados Partes en el Protocolo, cesarán a partir de la fecha de la comunicación al Estado afectado, después de que se haya verificado el pleno restablecimiento del orden democrático⁸⁵. Posteriormente, el 19 de diciembre de 2011, los Estados Partes del Mercosur, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, Estados Asociados del Mercosur, suscribieron el *Protocolo de Montevideo Sobre*

⁸² Fuente: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. “Zeid insta a Venezuela a mantener la separación de poderes”, Ginebra, 31 de marzo de 2017, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21470&LangID=S#sthash.qyUGss3H.dpuf> (consulta el 06/04/2017).

⁸³ El *Protocolo de Ushuaia Sobre Compromiso Democrático en el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile* fue firmado el 24 de julio de 1998 y entró en vigor para los Estados Miembros el 17 de enero de 2002. Posteriormente se adhirió al mismo Ecuador, Perú y Venezuela. Véase http://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=ktUNNjkHcd6x6bSnkufaDA==&em=lc4aLYHVB0dF+kNrtEvsmZ96BovjLiz0mcrZruYPcn8= (consulta el 23/09/2016).

⁸⁴ Sobre la aplicación de la cláusula democrática al caso de Venezuela puede verse BARÓN KNOLL, Silvina, *Fortalezas y Debilidades del Mercosur a 25 años de su creación. Alternativas para su desarrollo*. Relato Sección Derecho de la Integración. XXVIII Congreso Argentino de Derecho Internacional, Mendoza, 30 de Julio de 2016.

⁸⁵ En el ámbito interamericano, cabe recordar que la *Carta Democrática Interamericana* de la OEA (2001) incorpora también una cláusula democrática, estableciendo que la ruptura del orden democrático o una alteración del orden constitucional que afecte gravemente el orden democrático en un Estado Miembro, constituye, mientras persista, un obstáculo insuperable para la participación de su gobierno en las labores de la Organización (artículo 19).

Compromiso con la Democracia en el Mercosur (Ushuaia II), que complementa y modifica las disposiciones del Protocolo de Ushuaia, estableciendo procedimientos y mecanismos para casos “(...) de ruptura o amenaza de ruptura del orden democrático, de una violación del orden constitucional o de cualquier situación que ponga en riesgo el legítimo ejercicio del poder y la vigencia de los valores y principios democráticos” (Art. 1)⁸⁶. Sin embargo, este protocolo fue rechazado por Paraguay y solo fue ratificado por Ecuador y Venezuela, por lo que todavía no ha entrado en vigor⁸⁷.

La primacía de este requisito fue puesta de manifiesta en el Laudo N° 1/2012 del TPR, que consideró a la democracia como un valor presente en el PU y condición *sine qua non* para el desarrollo de la integración entre los Estados Parte, razón por la cual “(...) el compromiso democrático está por sobre el conjunto normativo regional, porque la legitimidad de ese conjunto deriva de la vigencia de las instituciones democráticas en los Estados Parte”⁸⁸.

Como señala Deluca, al referirse al Protocolo de Ushuaia:

“(...) podrá advertirse sin lugar a dudas que este instrumento jurídico reviste las características del derecho originario. Sin embargo, resulta interesante señalar que no sólo complementa al TA, sino que también incorpora al esquema una condición *sine qua non* para los Estados Parte y aquellos países que pretendan sumarse al bloque, que dista de tener relación directa con los objetivos comerciales del propio TA, la estructura institucional, su esquema normativo o su sistema de solución de controversias. En efecto, el PU establece como condición esencial para el desarrollo del proceso de integración la plena vigencia de las instituciones democráticas, delimitando su ámbito de aplicación a todas las relaciones resultantes de los acuerdos vigentes entre los Estados Parte cuando se verifique la ruptura del orden democrático en alguno de ellos” (Deluca, 2012, p. 256).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sigue con preocupación las distintas limitaciones impuestas en Venezuela al ejercicio de los derechos políticos. De estas acciones, la CIDH advirtió los obstáculos para que los ciudadanos participen en elecciones libres y

⁸⁶ *Protocolo de Montevideo sobre Compromiso con la Democracia en el Mercosur (Ushuaia II)*, MERCOSUR/CMC/DEC. N° 27/11, de 19 de diciembre de 2011, disponible en http://www.mercosur.int/innovaportal/file/2485/1/ushuaia_ii.pdf (consulta el 3/04/2017).

⁸⁷

Fuente: http://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=dxmiRrluWRS5wpK1lax3qw=&em=lc4aLYHVB0dF+kNrtEvsmZ96BovjLlz0mcrZruYPcn8= (consulta el 3/04/2017).

⁸⁸ Laudo N° 01/2012, para. 31.

confiables, la progresiva supresión de facultades constitucionales del Congreso, la detención arbitraria y encarcelamiento de opositores y aquellas personas que hacen público su disenso al oficialismo, la represión y restricciones indebidas al ejercicio de la protesta, los despidos y amenazas a empleados públicos con perder su cargo en caso de manifestarse o expresar opinión política en contra del gobierno, las campañas de estigmatización, vigilancia y hostigamiento en perjuicio de defensores de derechos humanos y periodistas.

La decisión de Maduro de suspender el referéndum revocatorio presidencial no ha hecho más que agravar la situación. No debe olvidarse que en Venezuela no existe el mecanismo de juicio político, como en la Argentina, y su procedimiento reside en esa herramienta en manos del Parlamento. La CIDH ha subrayado que la convocatoria de referéndum como modo de participación política no constituye solamente el ejercicio de los derechos políticos, sino también una expresión de la opinión política de quienes la avalan.

La situación venezolana viene siendo considerada en diversos foros. Además de las reuniones en el seno de la OEA ya mencionadas, la UNASUR envió una misión a Venezuela para tratar de encontrar una salida a esta crisis política, económica, institucional y social. La CELAC y la Cumbre Iberoamericana también siguen preocupados esta cuestión. El Papa sumó sus esfuerzos al recibir a Maduro en el Vaticano, instándolo a convocar a un proceso de diálogo, y enviar al Nuncio apostólico en nuestro país, Emil Paul Tscherrig, a una gestión de buenos oficios para destrabar el conflicto y facilitar un diálogo entre el gobierno venezolano y la oposición. Sin embargo, todas estas acciones no parecen estar dando el resultado esperado.

Los Estados Parte del Mercosur, conscientes de la gravedad de la situación y de la relevancia de la democracia como principio rector de la organización, buscaron una salida indirecta, al suspender el ejercicio de los derechos de Venezuela inherentes a su condición de Estado Parte del Mercosur por su incumplimiento de las obligaciones asumidas al incorporarse al bloque. Esta declaración representa un cambio político importante en la relación Mercosur-Venezuela, país que hasta ahora había disfrutado de un apoyo latinoamericano casi unánime desde la victoria electoral de Chávez en 1999.

Sin embargo, los Estados signatarios del Tratado de Asunción (TA) parecían renuentes a aplicar la cláusula democrática del Protocolo de Ushuaia en el caso venezolano. Esta situación

parece haber empezado a cambiar con posterioridad a la reunión bilateral mantenida por los presidentes argentino y uruguayo en octubre de 2016.

El Mercosur ha actuado de manera contradictoria frente a situaciones que afectaban los derechos humanos. Así, tuvo un comportamiento ejemplar frente al intento de derrocamiento del presidente de Bolivia (2008); de condena a los golpes de Estado en Honduras (2009) y Paraguay (2012). Sin embargo, no exhibió una actitud coherente ante a las claras violaciones a los derechos humanos en Venezuela. Resulta necesario reducir al máximo posible el doble estándar y reafirmar que la democracia y los derechos humanos son principios rectores del bloque, cuya violación no será aceptada sin importar el signo ideológico del gobierno en cuestión.

Por lo tanto, más allá de los incumplimientos jurídicos de Venezuela con los compromisos asumidos al adherirse al Mercosur, si los Estados signatarios del TA consideraran que en Venezuela no se respetan los principios y valores del sistema democrático y decidieran aplicar las disposiciones del *Protocolo de Ushuaia*, la situación podría ser enmarcada tanto como una violación grave a las normas del Mercosur como un cambio fundamental en la circunstancias que podría dar lugar tanto a la suspensión como a la terminación del *Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur*.

V.3) Consecuencias jurídicas del incumplimiento de Venezuela

La violación o inobservancia injustificada de las normas de un tratado trae aparejadas distintas consecuencias en el plano del derecho internacional. La violación del tratado es un hecho internacionalmente ilícito que genera la responsabilidad internacional de Venezuela⁸⁹. El empleo del término *hecho* responde a que éste implica tanto conductas de acción como omisión, esto es, el hecho ilícito puede ser consecuencia tanto de un acto del Estado como de la falta o ausencia de una acción o conducta⁹⁰. Este último supuesto es en el que ha incurrido Venezuela al no dar cumplimiento, a través de su inacción, a los compromisos a los que se había obligado.

⁸⁹ La responsabilidad de los Estados, como consecuencia del incumplimiento de una norma internacional a la que estaba obligado, es un principio general del derecho internacional, conforme lo estableció la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en el asunto *Factory at Chorzów (Merits)*, PCIJ, *Judgment of 13 September 1928 (Series A)* y en el asunto *Phosphates in Morocco*, PCIJ, *Judgment of June 14th, 1938 (Series A/B)*, como así también lo hizo su sucesora, la CIJ, en el *Corfu Channel Case, Judgment of April 4th, 1949: I.C.J. Reports 1949; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986*, y el *Gabčíkovo-Nagymaros Project* ya referido anteriormente, entre otros.

⁹⁰ Véanse, entre otros, el asunto *Corfu Channel Case, Judgment of April 4th, 1949: I.C.J. Reports 1949*, pp. 4 y ss., así como el *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports 1980*, pp. 3 y ss.

Ese incumplimiento está caracterizado por los dos elementos constitutivos de la responsabilidad internacional del Estado: a) se trata de un hecho atribuible al Estado venezolano; y b) ese hecho constituye una violación de las obligaciones internacionales asumidas por Venezuela y que están vigentes para este Estado al momento del hecho. En síntesis, se trata de una conducta del Estado venezolano contraria a la que se encuentra obligado por el derecho internacional, en particular, como lo expresa la Declaración de los Cancilleres de los Estados signatarios del TA de 2 de diciembre de 2016, de las disposiciones del Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, la Decisión CMC N° 28/05 y *Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur*.

Salvo que mediare la admisión de algunas de las causales que excluyen la ilicitud del comportamiento venezolano (v.g. fuerza mayor, estado de necesidad), la violación de sus obligaciones genera para Venezuela el deber de reparar. En esta instancia, todavía resulta prematuro considerar cómo, de persistir el incumplimiento de Venezuela, se podría configurar esa obligación de reparar y de qué modo podrían llegar a exigírsela los Estados signatarios del TA.

En esta ecuación falta todavía conocer qué determinación adoptará el Parlasur y si su decisión generará la intervención del TPR. En caso de que el Tribunal decida abocarse a la cuestión, resulta difícil predecir un resultado, ya que como señaló la parlamentaria Perié “no hay una normativa que nos permita obligar a cambiar la situación”. En todo caso, estamos ante un escenario en plena evolución y que constituirá un precedente importante para el futuro funcionamiento institucional del bloque.

IV. Reflexiones finales

El Mercosur arrastra desde hace tiempo una serie de dificultades que han impedido que se cumpliera su objetivo original de facilitación de comercio entre sus socios. Si bien muchas de las metas establecidas originariamente no se vieron cumplidas, a la vez, resulta innegable que gran parte de los avances en el comercio y en la interacción económica entre los Estados Partes son un resultado de los compromisos asumidos en el TA. Por otro lado, parece haberse consolidado la noción estratégica de la necesaria cooperación entre los países del bloque, más allá de las diferencias de intereses y de las conocidas asimetrías (Peña, 2013, s/n). Hay quienes sostienen que

la politización de la organización coadyuvó a generar la crisis que hoy enfrenta el bloque (Linn, 2016, s/n).

La decisión de los Estados signatarios del TA, expresada tanto a través de la Declaración de los Cancilleres de 2 de diciembre de 2016 como en la reuniones bilaterales entre los países signatarios del TA y en la decisión manifestada de avanzar en las negociaciones birregionales con la UE y otros bloques y Estados, parecen ser un signo saludable de evolución hacia una salida que permita augurar un futuro mejor para el Mercosur.

Los escenarios internos de los países de la región han venido experimentando una serie de cambios políticos significativos y de considerable alcance como “El triunfo de Macri en Argentina; la victoria de la oposición venezolana en el referéndum presidencial para iniciar un proceso revocatorio; la negativa vía plebiscito a Evo Morales para una nueva postulación en 2019 y el *impeachment* a Dilma Rousseff en Brasil; son las muestras más destacadas de dicho giro” (Busso & Zelicovich, 2016, p. 17). Sin duda, las renovaciones producidas en los escenarios internos de la Argentina y Brasil⁹¹ han tenido impacto en la voluntad política de los dos socios mayores del bloque de impulsar un cambio, a pesar de que la Argentina haya manifestado su deseo de “separar la situación política de Venezuela con el Mercosur”, aseverando que los requisitos aún por cumplir se refieren al acuerdo de adhesión que el poder legislativo venezolano tiene que discutir y aprobar y que la situación no se debe a la tensa situación en su política interna⁹².

La crisis en el Mercosur respecto de quién debía cubrir la PPT del organismo puso en evidencia esa voluntad de cambio. Tres Estados signatarios del TA se pronunciaron en contra de que Venezuela ocupara ese cargo; mientras que el cuarto, Uruguay, acompañó esa decisión con una abstención, en la que tímidamente ponía de relieve que, desde el punto de vista jurídico,

⁹¹ Por ejemplo, el “(...) no reconocimiento de Michel Temer como presidente de Brasil por Nicolás Maduro, que también ordenó la retirada de su embajador en Brasilia, tensó aún más las cosas” (MALAMUD: 2016a, s/n).

⁹² Véanse las declaraciones de la Canciller argentina, Susana Malcorra, en ese sentido. “Primer encuentro de cancilleres sin Venezuela en la ONU”, Asunción, La Nación, 19 de septiembre de 2016, disponible en <http://www.lanacion.com.py/2016/09/19/cancilleres-mercosur-se-reunen-la-onu-sin-venezuela/> (consulta el 23/09/2016). El ex Canciller uruguayo, Didier Operti se manifestó en sentido contrario, afirmando que Venezuela “está totalmente alejada del cumplimiento del compromiso democrático”, y que, por tanto, no puede ejercer la Presidencia del Mercosur. Ver también “De acá a Caracas”, *Montevideo Portal*, 26 de agosto de 2016 <http://www.montevideo.com.uy/contenido/Operti--Venezuela-no-puede-ejercer-la-Presidencia-del-Mercosur--318456> (consulta 23/09/2016).

correspondía transmitir la PPT a Venezuela⁹³. De hecho, Uruguay dejó la presidencia en julio, cuando acababa su mandato, y Maduro la asumió, aunque Paraguay y Brasil se negaron a aceptar ese movimiento, lo que generó una crisis sin precedentes y un vacío de poder en el grupo precisamente en un momento clave de las negociaciones del tratado UE-Mercosur. Obviamente, Venezuela reclamó la PPT como suya, con fundamento en el artículo 12 TA y en correspondencia con el artículo 5 del POP⁹⁴, y manifestó reiteradamente que ejercía esa presidencia (Lozano, 2016, s/n)⁹⁵.

Venezuela se unió a Mercosur en 2012, pero no incorporó las reglas del bloque en materia de comercio, democracia y los derechos humanos. La Declaración de los Cancilleres de 2 de diciembre de 2016 representa un cambio importante de política *vis-à-vis* este país, que hasta ahora había disfrutado de un apoyo latinoamericano casi unánime desde la victoria electoral de Chávez en 1999.

Aunque la respuesta parezca haberse demorado en llegar, resulta necesaria para sacar al Mercosur de la parálisis en que se encontraba inmerso. Asimismo, sirve de advertencia a otros dos

⁹³ Según Malamud “En 2012, cuando las presidentes Dilma Rousseff y Cristina Fernández decidieron suspender a Paraguay tras el juicio político contra Fernando Lugo, José Mujica se vio en una situación similar y terminó cediendo a la presión de sus colegas” (MALAMUD: 2016a, s/n).

⁹⁴<http://www.radiouruguay.com.uy/innovaportal/v/90461/22/mecweb/venezuela-informo-por-carta-que-asumio-presidencia-del-mercosur?parentid=80188> (consulta 23/09/2016).

⁹⁵ En el mismo sentido pueden verse una serie de *tweets* de la Canciller venezolana, Delcy Rodríguez, recordando que su país mantiene la PPT y que “esta declaración de la Triple Alianza del gobierno de Argentina, Paraguay y de facto de Brasil, vulnera la legalidad de la organización”. Tras señalar que las decisiones internas deben tomarse por consenso, agregó: “Pretender destruir Mercosur mediante artimañas antijurídicas es reflejo de la intolerancia política y desesperación de burócratas”, disponible en <https://twitter.com/DrodriguezVen> (consulta el 23/09/2016).

países del ALBA⁹⁶ y Estados asociados del Mercosur, Bolivia y Ecuador, que desean integrarse plenamente a Mercosur⁹⁷.

Se ha sostenido que el gobierno con sede en Caracas jamás tuvo la intención de adaptarse a las normas económico-comerciales del organismo regional, ya que ello conspiraría contra sus propios principios económicos (Stuenke, 2016, s/n). El modelo sustentado por Argentina y Brasil que procura proteger sus industrias, principalmente de la competencia china, europea y de los Estados Unidos, no tiene sentido para Venezuela que sólo exporta petróleo e importa prácticamente todo lo que consume.

Más allá de lo que suceda en el marco de las relaciones Mercosur-Venezuela, los Estados de la región deberían incrementar su presión diplomática para preservar la democracia y el respeto a los derechos humanos en Venezuela y permitir la solución de la crisis humanitaria que afecta a este país. Ello podría lograrse a través de una declaración conjunta de los Estados signatarios del TA instando a Maduro a restaurar los mecanismos democráticos en Venezuela y a permitir el acceso de ayuda humanitaria.

El Mercosur debería procurar evitar utilizar una doble vara frente a las eventuales crisis internas que puedan afectar a sus miembros –y a los países de la región en general–. La rapidez con que se actuó cuando el Congreso paraguayo le hizo juicio político al presidente Fernando Lugo, no condice con el tratamiento dado a la crisis interna del Estado bolivariano.

⁹⁶ Conformada en 2004 bajo la denominación *Alternativa Bolivariana de las Américas*, con el objeto de confrontar el proyecto del *Área de Libre Comercio para las Américas* (ALCA), modificó su nombre luego de la Quinta Cumbre de Jefes de Estado del ALBA, del 29 de mayo del 2007, por *Alternativa Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América - Tratado de Comercio de los Pueblos o ALBA-TCP* y, finalmente en el 2009, sustituyó el término "Alternativa" por "Alianza". Cfr. SCOTTI, Luciana B., "La Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA - TCP): un modelo político-ideológico de integración", en Sandra Negro, *Manual de Derecho de la Integración. Evolución jurídico - institucional. Parte II. América-África*, Montevideo-Buenos Aires, Ed. BdeF, 2012, pp. 67-86. Actualmente posee 12 Estados parte (Venezuela, Antigua y Barbuda, Bolivia, Cuba, Dominica, Ecuador, Granada, Nicaragua, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, y Surinam) y cuenta con 3 Estados observadores (Haití, Irán y Siria). Sobre el ALBA, ver SERBIN, Andrés, "Entre UNASUR y ALBA: ¿otra integración (ciudadana) es posible?", *Centro de Educación e Investigación para la paz*, Anuario 2007-2008, CEIPAZ-Fundación Cultura de Paz, Icaria, 2007, pp.183-207;y ALTMANN BORÓN, Josette, "El ALBA: entre propuesta de integración y mecanismo de cooperación", *Revista Pensamiento Propio. Los desafíos del multilateralismo en América Latina*, edición especial CRIES – Universidad de Guadalajara – Universidad Iberoamericana, N° 33, enero-junio 2011, año 16, pp. 185-216.

⁹⁷ El Estado Plurinacional de Bolivia, firmó el viernes 17 de julio en Brasilia, el Protocolo de Adhesión de Bolivia al Mercosur, en el marco de la 48° reunión plenaria de Jefas y Jefes de Estado del Mercosur y Estados Asociados. De modo similar al acuerdo entre el Mercosur y Venezuela, por este acuerdo Bolivia adoptará, gradualmente el acervo normativo del bloque, a más tardar en cuatro (4) años contados a partir de la entrada en vigencia de dicho Protocolo, y adoptará su Nomenclatura Común, el Arancel Externo Común (AEC) y el Régimen de Origen. El Protocolo todavía está pendiente la aprobación del parlamento de Brasil. Por su parte, Ecuador sigue negociando las condiciones de su ingreso. El texto del Protocolo de Adhesión de Bolivia puede consultarse en http://www.mercosur.int/innovaportal/file/4827/1/protocolo_adhesion_bolivia_al_mercosur.pdf (consulta el 23/09/2016).

En el reciente congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI), se reconoció que el Mercosur es "(...) un tratado con vocación regional, sin embargo, es preciso que las futuras incorporaciones de nuevos miembros respeten estrictamente los mecanismos predispuestos a ese fin y se tengan en cuenta criterios de conveniencia y oportunidad para la ampliación del bloque" y se agregó que la construcción institucional del bloque debe ser "un objetivo prioritario en la agenda de los Estados, independientemente de la ideología o color político de los gobiernos de turno"⁹⁸.

Con posterioridad a la Cumbre de Mendoza de 2012, se afirmó que el Mercosur había iniciado una transición hacia una nueva etapa, aunque en ese momento resultaba difícil pronosticar cuánto duraría y cómo sería esa nueva fase, particularmente a la luz de "la suspensión temporal del Paraguay en el ejercicio de su condición de miembro, como de la consumación del ingreso de Venezuela sin que se hubieren podido cumplir requisitos que los propios países miembros establecieron" (Peña, 2013, s/n). Lo mismo puede expresarse en la actualidad. La suspensión temporal de la condición de miembro de Venezuela y la eventual terminación de los acuerdos que vinculan a este país y a los Estados signatarios del TA tiene todas las características de una metamorfosis cuya evolución resulta complejo predecir.

En síntesis, la solución adoptada por los Estados signatarios del Mercosur procura solucionar las dificultades ocasionada por "la falta de liderazgo que acentúa la crisis del bloque, pone un varapalo a la integración regional y dificulta las negociaciones con la Unión Europea" (Elias, 2016, s/n). Es de esperar que los Estados Parte puedan solventar sus diferentes aproximaciones a la cuestión, adoptar un criterio único y mantener el impulso de un proceso de integración que, aunque incompleto (Sela, 2014, s/n), ha sido mutuamente beneficioso para todos ellos.

Referencias Bibliográficas:

ABREU BONILLA, S. (1991). *Mercosur e Integración*. Montevideo: Ed. Fundación de Cultura Universitaria.

Agencia PARLASUR, "Mesa Directiva aprueba permanencia de la Representación Venezolana en el PARLASUR", Montevideo, 20/02/2017, disponible en

⁹⁸ XXVIII Congreso Argentino de Derecho Internacional. Conclusiones de la Sección Derecho de la Integración. Relatora: Profesora Silvina Barón Knoll, San Justo, 10 de septiembre de 2016, para. 3 y 4.

<https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/v/13304/1/parlasur/mesa-directiva-aprueba-permanencia-de-la-representacion-venezolana-en-el-parlasur.html> (consulta el 3/03/2017).

- ALONSO GARCÍA, R. (2008). *Un paseo por la jurisprudencia supranacional europea y su reflejo en los sistemas suramericanos de integración*. Córdoba: Advocatus.
- ALTMANN BORÓN, J. (2011). "El ALBA: entre propuesta de integración y mecanismo de cooperación". En *Pensamiento Propio. Los desafíos del multilateralismo en América Latina (edición especial)*, CRIES – Universidad de Guadalajara – Universidad Iberoamericana, N° 33, enero-junio 2011, año 16, pp. 185-216.
- ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. (2011). *Sistema de Derecho Internacional Público*, Pamplona: Aranzadi, 2011.
- ARREDONDO, R. (1990). *Nociones Generales sobre Integración Latinoamericana*. Tucumán: Instituto para la Integración y el Desarrollo Latinoamericano - UNT Serie Divulgación.
- (2003). "Algunas precisiones sobre los 'acuerdos de alcance parcial' vis-a-vis la incorporación de normativa MERCOSUR y los efectos de la protocolización en ALADI". En *Revista de Derecho Internacional y del MERCOSUR*, N° 2, mayo de 2003, pp. 77-90.
- (2012). *Intervención Humanitaria y responsabilidad de proteger. ¿Hacia una nuevo paradigma de protección de los derechos humanos?*. Buenos Aires: Catálogos.
- (2012). *Manual de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: La Ley.
- AUST, A. (2010). *Handbook of International Law*, 2nd Ed., Cambridge: Cambridge University Press.
- BASU, K. (2017). "America's Dangerous Neo-Protectionism". En *Project Syndicate*, 13 de febrero de 2017 <<https://www.project-syndicate.org/commentary/trump-protectionism-no-help-for-workers-by-kaushik-basu-2017-02>> [3/03/2017].
- BIANCULLI, A. (2016). "Latin America". En *The Oxford Handbook of Comparative Regionalism*, Tanja A. Borzel & Thomas Risse (eds.), (pp. 152-177). Oxford: Oxford University Press.
- BUSSO, A. & ZELICOVICH, J. (2016). "El gobierno de Mauricio Macri y la integración regional: ¿Desde el Mercosur a la Alianza del Pacífico?", En 37 *Conjuntura Austral*, septiembre de 2016, pp. 17-24.
- CANCILLERÍA ARGENTINA (2016), "Situación de Venezuela en el MERCOSUR". En *Información para la Prensa*, N°: 419/16, 2 de diciembre 2016 <<http://cancilleria.gov.ar/situacion-de-venezuela-en-el-mercosur>> [2/03/2017].

- CARDOSO, F. y FALETTO, E. (1975), *Dependencia y Desarrollo en América Latina*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- CUMMING-BRUCE, N. (2016), "Top U.N. Rights Official Denounces Growing Efforts to Block His Monitoring". En *The New York Times*, 13th September 2016 <<http://www.nytimes.com/2016/09/14/world/top-un-rights-official-denounces-growing-efforts-to-block-his-monitoring.html?ref=world&r=0>> [23/09/2016].
- DELUCA, S. (2012). "El Mercosur necesita su Maastricht". En *Pensar en Derecho*, N° 1, 2012, pp. 247-265.
- DÖRR, O. & SCHMALENBACH, K. (2012). *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*. Berlin: Springer.
- ELIAS, J. (2016). "¿Quién le pone el cascabel al Mercosur?". En *El Interin*, 10 de agosto de 2016. <<http://elinterin.com/2016/08/10/quien-le-pone-cascabel-al-mercosur/>> [23/09/2016].
- GÓMEZ, G. (2016). "Pretenden dar Golpe de Estado en el centro de Mercosur, denuncia canciller Delcy Rodríguez". En *VTV*, Caracas, 2 de diciembre de 2016 <<http://vtv.gob.ve/venezuela-permanecera-en-el-mercosur-aseguro-la-canciller-delcy-rodriguez/>> [3/03/2017].
- LINN, T. (2016). "Una oportunidad para el Mercosur". En *Diario La Nación*, 23 de septiembre de 2016. <<http://www.lanacion.com.ar/1940430-una-oportunidad-para-el-mercosur>> [23/09/2016].
- LOZANO, D. (2016). "Maduro: 'Quieren desaparecer a Venezuela'". En *Diario La Nación*, 19 de septiembre de 2016 <<http://www.lanacion.com.ar/1939184-maduro-quieren-desaparecer-a-venezuela>> [23/09/2016].
- MALAMUD, C. (2016a). "Mercosur y Venezuela al borde de la ruptura". En *Infolatam*, 18 de septiembre de 2016 <<http://www.infolatam.com/2016/09/18/mercosur-y-venezuela-al-borde-de-la-ruptura/>> [23/09/2016].
- (2016b). "Mercosur suspende a Venezuela". En *Infolatam*, 4 diciembre 2016 <<http://www.infolatam.com/2016/12/14/mercosur-suspende-venezuela/>> [2/03/2017].
- MARTÍNEZ PUÑAL, A. (2005). *El Sistema Institucional del Mercosur: de la intergubernamentalidad hacia la supranacionalidad*. Santiago de Compostela: Tórculo Edicións.
- MARTIRENA AUBER, F. (2017). "El Parlasur rechaza la sanción a Venezuela y fuerza su reingreso en el Mercosur". En *BAE Negocios*, 27 febrero 2017, p. 4.

- PEÑA, F. (2013). "Un necesario debate". En Buenos Aires, enero de 2013 <<http://www.felixpena.com.ar/index.php?contenido=wpapers&wpagno=documentos/2013-01-futuro-mercosur-cumbre-mendoza>> [23/09/2016].
- PERROTA, D. (2016). "Crónica de una crisis buscada: la disputa por la Presidencia Pro Témpore y el modelo de integración del MERCOSUR". En *Cuadernos de Coyuntura*, 18 de octubre de 2016 <<http://coyuntura.sociales.uba.ar/category/venezuela-2/>> [3/03/2017].
- PEROTTI, A. (2002). "Estructura institucional y Derecho en el Mercosur". En *RIDM*, año 6, N° 1, pp. 63- 137.
- PUENTE, J. (2016). "Venezuela en colapso macroeconómico. ¿Qué se puede esperar?". En *Real Instituto Elcano*, ARI 63/2016, 27 de julio de 2016. <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/web/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/america+latina/ari63-2016-puente-venezuela-en-colapso-macroeconomico-que-se-puede-esperar/&utm_source=Newsletter194&utm_medium=email&utm_campaign=Sep2016> [23/09/2016].
- REMIRO BROTONS, A. (2007). *Derecho Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RENWICK, D. & LEE, B. (2016). "Venezuela's Economic Fractures". En *Council of Foreign Relations*, 1st July 2016 <<http://www.cfr.org/economics/venezuelas-economic-fractures/p32853>> [23/09/2016].
- REUTER, P. (1999). *Introducción al derecho de los tratados*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- SCARLET, C. (2016). "Escenarios: ¿Puede Venezuela ejercer la presidencia del Mercosur?". En *Hinterlaces*, 02 de agosto 2016 <<http://www.hinterlaces.com/analisis/politica/escenarios-puede-venezuela-ejercer-la-presidencia-del-mercosur>> [23/09/2016].
- SCOTTI, L. (2010). "El derecho de la integración en el Mercosur". En *Manual de Derecho de la Integración*, Sandra Negro (ed.), (pp. 53-108). Buenos Aires: BdeF Ltda.
- (2012). "La Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA - TCP): un modelo político-ideológico de integración". En *Manual de Derecho de la Integración. Evolución jurídico - institucional. Parte II. América-África*, Sandra Negro (ed.), (pp. 67-86). Buenos Aires: BdeF Ltda.

- SECRETARÍA MERCOSUR (2012). *Instrumentos Fundacionales del Mercosur. Normativa seleccionada*, Montevideo, diciembre de 2012
<http://www.mercosur.int/innovaportal/file/2485/1/libro_mercosur_-_esp.pdf> [2/03/2017].
- SELA. Secretaría Permanente (2014). *Evolución del Mercado Común del Sur (MERCOSUR)*, Caracas, agosto de 2014, Doc. SP/Di No. 6-14
<http://www.sela.org/media/264703/t023600006230-0-di_8_evolucion_mercosur.pdf>
[23/09/2016].
- SERBIN, A. (2007). "Entre UNASUR y ALBA: ¿otra integración (ciudadana) es posible?". En *Centro de Educación e Investigación para la Paz, Anuario 2007-2008*, CEIPAZ-Fundación Cultura de Paz, Icaria, 2007, pp.183-207.
- SOTO, A. y GONZÁLEZ, F. (2016). *Manual de Derecho de la Integración*. Buenos Aires: La Ley.
- STUENKE, O. (2016), "Brazil and Argentina should lead regional effort to address humanitarian crisis in Venezuela". En *Postwesternworld*, 17th September 2016.
<<http://www.postwesternworld.com/2016/09/17/regional-humanitarian-venezuela/>>
[23/09/2016].
- TEITEL, R. (2011). *Humanity's Law*. Oxford: Oxford University Press.
- UGARTE, M. (2010). *La Patria Grande*. Buenos Aires: Capital Intelectual.
- VILLIGER, M. (2009). *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff.

LAS RETENCIONES COMO HERRAMIENTA DE POLÍTICA SECTORIAL EN EL SECTOR DE HIDROCARBUROS EN EL PERÍODO 2002-2012

Por Pablo Barneix

Recibido: 11/03/2017

Aceptado: 24/05/2017

RESUMEN

El artículo analiza la implementación y el manejo del esquema de retenciones a los hidrocarburos en el periodo 2002-2012. La imposición de derechos de exportación, que se fueron modificando con el tiempo, constituyó en dicha etapa una de las principales herramientas de la política sectorial. En este sentido, se busca dar cuenta de la manera en que se aplicó, sus objetivos, las modificaciones introducidas de acuerdo al contexto local e internacional, y el impacto sobre el mercado petrolero y gasífero, fundamentalmente en las actividades de exploración y extracción.

PALABRAS CLAVES

Hidrocarburos - Retenciones - Extracción - Exploración - Política sectorial

WITHHOLDINGS AS A SECTOR POLICY TOOL IN THE HYDROCARBONS SECTOR IN THE PERIOD 2002-2012

By Pablo Barneix

ABSTRACT

The article analyses the implementation and management of the hydrocarbon retention scheme in the period 2002-2012. The imposition of export duties, which were modified over time, constituted at that stage one of the main tools of the sectoral policy. In this sense, it seeks to account for the way in which its objectives were applied, the changes introduced according to the local and international context, and the impact on the oil and gas market, mainly in the exploration and extraction activities.

KEY-WORDS

Hydrocarbons - Withholdings - Extraction - Exploration - Sectoral Policy

LAS RETENCIONES COMO HERRAMIENTA DE POLÍTICA SECTORIAL EN EL SECTOR DE HIDROCARBUROS EN EL PERÍODO 2002-2012

Por Pablo Barneix*

I. Introducción

El presente artículo pretende realizar un análisis del funcionamiento del esquema de retenciones¹ como herramienta de política sectorial en el mercado de petróleo y gas natural en la Argentina considerando particularmente los cambios que se produjeron entre 2002 y 2012. El análisis se focalizará en las actividades que comprenden el “upstream”² haciendo referencia al “downstream”³ en los casos que se considere pertinente.

La relevancia del sector hidrocarburífero radica en su carácter estratégico como insumo de uso difundido para el resto del sistema productivo (especialmente las actividades industriales y el transporte). El sector petrolero y gasífero constituyó y aún constituye uno de los pilares que sostiene el desenvolvimiento del capitalismo en la actual etapa de desarrollo. El carácter energo-intensivo de las principales funciones de producción tanto agropecuarias como industriales (fuertemente dependiente de los hidrocarburos) continúa vigente a pesar del surgimiento de fuentes energéticas alternativas.

* Profesor Universitario en Economía (UNGS). Cursó la Maestría en Historia Contemporánea (UNGS). Docente de Enseñanza de la Economía y Residencia II en Economía. Investigador miembro del Proyecto de Investigación Científica y Tecnológica Orientado (PICTO – 2013) “Las políticas públicas en CyT hacia los sectores de hidrocarburos y telecomunicaciones en el marco de la privatización de empresas públicas en Brasil. Estrategias de financiamiento y la vinculación con las universidades. Lecciones para el caso argentino”. Profesor de Economía en el ISFDN° 51 en los Profesorados de Historia y Geografía y de Administración Financiera y Comercio Internacional en el ISFTN° 182 en la Tecnicatura Superior en Administración General.

¹Las retenciones son un arancel que se aplica a las exportaciones. Entendemos por arancel al Derecho de aduana que grava las mercancías importadas por un país y que constituye el instrumento por excelencia del proteccionismo... “Se aplica también a las exportaciones de un país por meras necesidades económicas... La tarifa oficial donde se recogen aranceles aplicables a la entrada, salida y tránsito internacional de mercancías se denomina arancel de aduanas” (ver Diccionario de Economía y Negocios, de Espasa Calpe, edición 1998, Madrid).

²Expresión que abarca el segmento de la industria que se ocupa de la extracción del producto y hasta su llegada a proceso industrial. Para el caso del petróleo/gas, la definición cubre los trabajos de exploración, perforación, explotación y hasta su entrega en refinería, plantas de proceso o fraccionamiento.

³Expresión que cubre los últimos tramos de un proceso industrial o la etapa de comercialización del producto o subproductos. Para el caso del petróleo/gas, define el intervalo en el que se cumplen los procesos de refinación, separación, fraccionamiento, distribución y comercialización.

La matriz energética argentina presenta como rasgo estructural una alta concentración en los hidrocarburos en sus fuentes de energía primaria. El 88,5% de la oferta total de energía primaria proviene de los combustibles fósiles, correspondiendo un 50,8% al gas natural, un 36,7% al petróleo y el 1% al carbón mineral. Mientras que el 11,5% restante proviene de la energía hidráulica, la energía nuclear, leña y bagazo, el aceite vegetal y otros recursos primarios⁴. En este sentido, debemos tener en consideración que el petróleo y el gas son recursos no renovables con escasas posibilidades de sustitución en plazos acotados.

El incremento experimentado desde 2004 en las importaciones de energía, fundamentalmente gas natural desde Bolivia y a partir de 2008 también gas natural licuado (GNL)⁵, comenzó a transformarse en un serio problema para desarrollo económico del país⁶. No debe perderse de vista que dada la tendencia al estrangulamiento externo evidenciado históricamente por la economía argentina resulta sumamente difícil suplir con importaciones los faltantes energéticos producto de la baja performance local, puesto que ello contribuye a profundizar el problema de escasas divisas.

Con el fin echar luz sobre las características que asumió el manejo del esquema de retenciones como una de las principales herramientas de política sectorial en el periodo 2002-2012, el artículo está organizado de la siguiente manera. En primer lugar, se describe brevemente la configuración del mercado de petróleo y gas a partir de las modificaciones introducidas a comienzos del gobierno de Carlos Menem que significaron una transformación radical en el funcionamiento del sector petrolero argentino. En segundo lugar, se abordan los cambios en el escenario sectorial tras la salida de la convertibilidad. En el tercer apartado se analiza la aplicación y funcionamiento del esquema de retenciones a las exportaciones durante el periodo 2002-2015. Finalmente se presentan las conclusiones obtenidas en relación con las diversas dimensiones analizadas.

⁴ Balance Energético Nacional 2015. Ministerio de Energía y Minería de la Nación.
www.energia.gob.ar/contenidos/verpagina.php?idpagina=3366.

⁵ El gas natural licuado (GNL) es gas natural que ha sido procesado para ser transportado en forma líquida. Es la mejor alternativa para monetizar reservas en sitios apartados, donde no es posible llevar el gas al mercado directamente ya sea por gasoducto o por generación de electricidad. El gas natural es transportado como líquido a presión atmosférica y a -162° C. Así, para poder transportar el gas natural licuado, se ha de lograr reducir el volumen del gas natural en 600 veces. Luego se transporta en buques especiales llamados metaneros hacia plantas regasificadoras.

⁶ Además, si bien no es objeto central de este artículo también desde 2004 se incrementaron las importaciones de gasoil, fuel oil, y desde 2009 nafta súper.

II. Características del mercado de petróleo y gas natural en la Argentina

A partir de 1989, se produjo un cambio radical en la concepción que se tenía de los hidrocarburos, tanto el petróleo como el gas pasaron a ser considerados como *commodities*⁷ y no como recursos estratégicos. Las reformas implementadas en el sector petrolero en los años noventa implicaron la puesta en marcha de un modelo de explotación caracterizado por la privatización y desregulación de la actividad⁸.

En la etapa previa a la desregulación petrolera, la estatal Yacimientos Petrolíferos Fiscales (en adelante YPF) monopolizaba la producción, aunque una parte significativa era realizada por el sector privado bajo contratos de explotación⁹. Asimismo, si bien, hasta 1989, se permitía la concesión de contratos de exploración y explotación a firmas privadas, “la totalidad del crudo producido en el país era redistribuido con intervención de la Secretaría de Energía (que fijaba el precio), entre las refinerías de YPF y de las empresas privadas en la denominada Mesa de Crudos” (Kozulj y Bravo, 1993, p.95) con criterios orientados a garantizar el abastecimiento a precios razonables en todo el territorio nacional. La actividad estaba regida por la Ley N° 17.319 que había sido sancionada en 1967. Dicha normativa se mantuvo en vigencia hasta el 2014 cuando se sancionó una nueva Ley de Hidrocarburos (Ley N° 26.741).

A pocos meses del comienzo del gobierno Carlos Menem en 1989, la sanción de la Ley de Reforma del Estado (Ley N° 23.696) y de la Ley de Emergencia Económica (Ley N° 23.697) abrió el camino a un proceso de reformas estructurales neoliberales que avanzó sobre el sector petrolero cambiando sustancialmente la orientación que había caracterizado la política petrolera hasta entonces.

Luego de la sanción de las leyes mencionadas que asentaron las bases para la reestructuración y privatización de YPF, por decreto ese mismo año el presidente Menem creó un mercado libre de crudo (eliminando la mesa de crudos), otorgó la libre disponibilidad del petróleo

⁷ Bien transable internacionalmente cuyas pautas de contratación comercial corresponden a usos y costumbres incorporados a una institucionalidad internacional que define la naturaleza de los contratos, las cotizaciones de referencia y las calidades del producto que son reconocidas por todos los actores del mercado.

⁸La “desregulación” a la que se hace referencia se trató en realidad de una regulación “procapital” implementada desde el Estado. Es decir, se implementó una nueva regulación orientada a garantizar el monopolio de la actividad y altos niveles de rentabilidad al sector privado, fundamentalmente extranjero (Forcinito; Vilas; Iazzetta y Bohoslavsky, 2005). En este sentido, a los fines analíticos propuestos el término “desregulación” será utilizado en este trabajo para explicitar las reformas “promercado” instauradas en los años noventa.

⁹“...hacia 1990 YPF S.E. participaba con el 62,3% de la producción de crudo por administración directa mientras que el sector privado aportaba el 37,7% restante” (Kozulj, R., 2002, p. 32).

extraído por parte de cada empresa privada y la posibilidad de exportar, con previa autorización de la Secretaría de Energía. En el caso del gas natural, las exportaciones debían ser autorizadas por el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) en la medida que no se viera afectado el abastecimiento interno.

La instrumentación de estos decretos reemplazó las regulaciones estatales en la fijación de los precios, márgenes, cuotas, etc., por los mecanismos de asignación del mercado. Paralelamente, se transformaron los contratos de explotación en concesiones o asociaciones con YPF, que devolvió las áreas de exploración para su posterior licitación. Además, también por decreto, se estableció la igualdad de trato a las inversiones extranjeras y a las nacionales permitiendo la libre disponibilidad de divisas.

En 1990, mediante la sanción de otro decreto, se transformó a YPF, que era una Sociedad del Estado, en una Sociedad Anónima autorizando al Ministerio de Economía para ofrecer las acciones y obligaciones de YPF S.A. en el mercado a partir del 1 de enero de 1991. Por su parte, se definió la venta de las refinerías, estaciones de bombeo, ductos, terminales portuarias, buques/tanque, entre otros activos de la compañía y se licitaron áreas secundarias y áreas centrales de YPF.

La Ley N° 24.145 dictada en noviembre de 1992 distribuyó el capital de YPF S.A. entre el Estado nacional (51%), las provincias productoras de petróleo (39%) y los trabajadores (10%) mediante Programas de Propiedad Participada (PPP). Asimismo, el Estado nacional asumía los créditos y deudas de YPF al 31 de diciembre de 1990. Dicha ley establecía además la transferencia a las provincias del dominio público sobre los yacimientos existentes en su territorio o hasta 12 millas marinas¹⁰.

En julio de 1993, el 50% de las acciones del Estado nacional y de las provincias fueron transferidas al sector privado. Entre 1993 y 1998 la estructura de tenencia se fue modificando debido a que el personal de la empresa, los jubilados (un 12 % de las acciones del Estado fueron transferidas al sistema previsional) y las provincias fueron vendiendo sus acciones. De este modo, hacia 1998 (antes del ingreso de Repsol), el paquete accionario se encontraba compuesto de la

¹⁰ La provincialización de los recursos hidrocarburíferos terminó por consagrarse con la reforma constitucional propiciada por Menem en 1994 para lograr su reelección. La reforma constitucional estableció que “corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos existentes en su territorio” (Ver artículo 124, segundo párrafo de la Constitución Nacional). Finalmente, en 2006, el gobierno de Néstor Kirchner sancionó la Ley N° 26.197 (“ley corta de hidrocarburos”) que permitió instrumentar los contenidos de la Ley N° 24.145 de 2002 que otorgaba la propiedad de los yacimientos de petróleo y de gas a las provincias.

siguiente manera: Estado nacional (20%), provincias (4,7%), personal de YPF S.A. (0,4%), fondos de inversión de EE.UU (46%), fondos de Reino Unido (7,9%), fondos de Francia (2,2%), Citicorp (6,9%), bancos nacionales y AFJP (8%) y Perez Companc (3,8%) (ver Kuzulj, 2002, p.20).

Luego, entre mediados y fines de 1999 la empresa española Repsol adquirió la totalidad de las acciones que todavía se encontraban en poder del Estado, de las provincias y del sector privado, lo que significó la privatización y extranjerización casi total de la explotación del petróleo y el gas argentino.

Paralelamente, la privatización de Gas del Estado (se encargaba del transporte y la distribución del gas) fue ordenada a mediados de 1992 por la Ley N° 24.076 que redefinió el contexto de la industria y estableció los parámetros del marco regulador. La empresa fue dividida en diez unidades independientes: dos transportistas (TGN en el norte correspondiente a los gasoductos norte-centro-oeste y TGS con los gasoductos San Martín, NEUBA I Y II), y ocho distribuidoras monopólicas con jurisdicción sobre distintas regiones del país (Metropolitana, Buenos Aires Norte, Cuyana, Central, Litoral, Noroeste, Pampeana y Sur¹¹). En la práctica Gas del Estado quedó privatizada en dos grandes subsistemas (norte y sur) altamente integrados.

De esta manera, el gobierno encabezado por Menem modificó radicalmente el esquema de producción, transporte y disposición de los hidrocarburos produciendo el retiro absoluto del Estado del sector petrolero y gasífero, como actor y regulador. Esto dio lugar a la conformación de una estructura de mercado fuertemente oligopolizada en cuanto a la propiedad del capital y al régimen de competencia¹².

Las reformas estructurales implementadas a partir de 1989 en el sector de los hidrocarburos reemplazaron el modelo de explotación caracterizado por una fuerte regulación pública (con una empresa estatal rectora del mercado) por otro totalmente privatizado y con una regulación estatal que garantizó el monopolio de la explotación de los recursos hidrocarburíferos y altos niveles de rentabilidad al sector privado. Precisamente por la elevada rentabilidad asociada al esquema regulatorio que se implementó, se produjo un significativo aumento de la producción (sobreexplotación) y también de los niveles exportados (sobre todo durante los primeros años).

¹¹ Cada una de estas empresas recibieron una licencia por 35 años con opción a 10 más (Hidalgo, 2009).

¹² Cabe señalar, que Argentina fue uno de los únicos países que durante la ola privatizadora neoliberal de los noventa transfirió el control de los recursos energéticos no renovables a manos privadas. Incluso otros países latinoamericanos (por caso Brasil o México), que también realizaron numerosas privatizaciones en el área de los servicios públicos, conservaron bajo control estatal el abastecimiento energético y la renta petrolera.

Entre las principales falencias regulatorias se destacan las bajas regalías por la explotación de los hidrocarburos (12 %); la entrega del manejo del comercio exterior a las empresas; la falta de control de las reservas por parte del Estado; la inexistencia de sanciones ante el incumplimiento de la normativa sectorial mediante la cual se les entregó los yacimientos de YPF (Ortiz y Schorr, 2014).

Paralelamente, la ausencia de control estatal sobre la relación producción/exportación/exploración derivó en una drástica disminución de las inversiones en exploración (subexploración), con la consiguiente caída de las reservas. Cabe señalar, que luego del traspaso de YPF al capital privado, la estrategia empresarial en el sector se orientó a la reducción de costos centrando la actividad exploratoria en áreas maduras y de bajo o mediano riesgo minero ubicadas en zonas aledañas a los yacimientos en explotación y sobre los cuales ya se poseía abundante información geológica (Barrera, 2013).

III. El escenario postconvertibilidad: rupturas y continuidades con los años noventa

A partir de 2002, tras el abandono de la convertibilidad, Argentina experimentó un fuerte crecimiento económico expresado en una importante recomposición industrial y mejoras sociales que significaron un crecimiento del consumo interno de hidrocarburos (fundamentalmente en el periodo 2003-2008). La imposibilidad de hacer frente a este incremento de la demanda obligó al gobierno a importar cantidades crecientes de energía (fundamentalmente gas). De esta manera, el déficit energético terminó por convertirse en un importante cuello de botella de la economía argentina debido a la necesidad de destinar cada vez mayor cantidad de divisas para cubrir dichos faltantes de energía.

Evolución de la producción, exportaciones e importaciones de crudo en la Argentina en el periodo 2002-2011 (Cuadro 1)

Año	Producción (P) (m3)	Exportaciones (X) (m3)	Ventas internas (P-X) (m3)	% Vtas. int./P.	Importaciones (M) (m3)	Oferta total (OT) (P+M) (m3)	% M/OT
2002	43.953.000	15.460.848	24.492.152	56%	609.412	44.562.412	1,37%
2003	43.125.143	13.335.675	29.789.460	69%	284.979	43.410.122	0,66%
2004	40.639.054	10.237.032	30.402.022	75%	590.309	41.229.363	1,43%
2005	38.620.962	8.686.592	29.934.370	78%	247.435	38.868.397	0,64%
2006	38.268.291	5.079.518	33.188.773	87%	89.570	38.357.861	0,23%
2007	37.305.891	3.301.173	34.004.718	91%	45.437	37.351.328	0,12%

2008	36.637.478	3.194.554	33.342.924	91%	4.870	36.642.348	0,01%
2009	36.146.788	5.286.458	30.860.330	85%	-----	36.146.788	---
2010	35.345.123	5.266.839	30.078.284	85%	-----	35.345.123	---
2011	33.217.899	3.454.011	29.764.888	90%	----	33.217.899	----

Fuente: Elaboración propia sobre la base de datos provenientes del Ministerio de Energía y Minería de la Nación

Evolución de la producción, exportaciones e importaciones de gas natural en la Argentina en el periodo 2002-2011 (Cuadro 2)

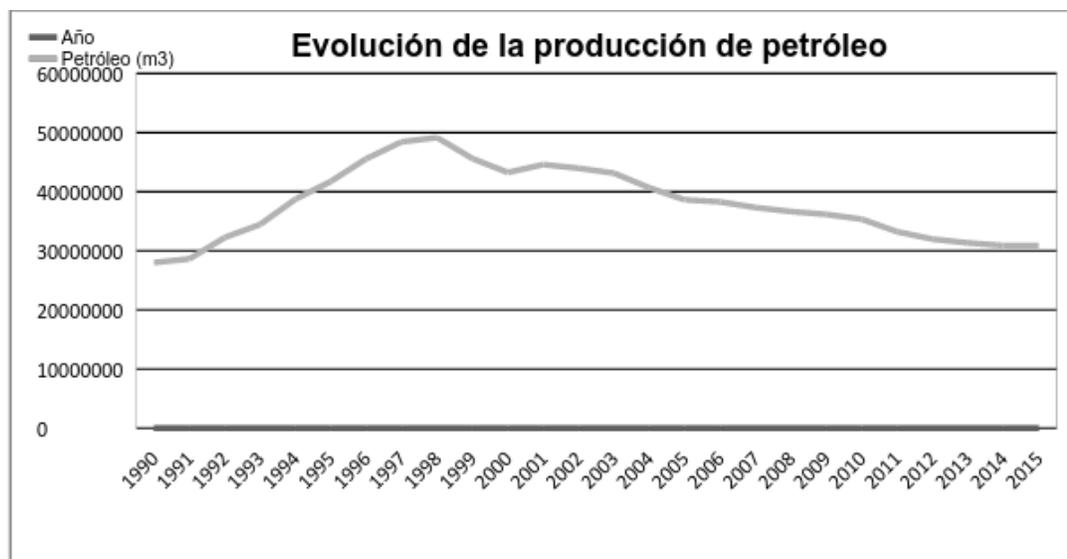
Año	Producción (P) (miles m3)	Exportaciones (X) (miles m3)	Ventas internas (P-X) (miles de m3)	% Vtas. int./P.	M Total (MT) (M gas Bolivia + M GNL) (miles m3)	Oferta total (OT) (P- MT) (miles m3)	MT/OT
2002	46.245.119	5.846.336	40.398.783	87%	99.459	46.344.578	,21%
2003	50.633.115	6.460.531	44.172.584	87%	85.243	50.718.358	,17%
2004	52.349.267	7.348.143	45.001.124	86%	804.132	53.153.399	,51%
2005	51.566.791	6.600.100	44.966.691	87%	1.610.502	53.177.293	,03%
2006	51.778.528	3.067.470	48.711.058	94%	1.428.456	53.206.984	,68%
2007	51.006.115	1.245.025	49.761.090	98%	1.238.553	52.244.668	,37%
2008	50.509.164	697.935	49.811.229	99%	1.047.083	51.556.247	,03%
2009	48.417.101	782.125	47.634.976	98%	2.137.050	50.554.151	,23%
2010	47.098.582	401.183	46.697.399	99%	3.967.550	51.066.132	,77%
2011	46.312.773	152.820	46.159.953	99,7%	7.465.444	53.778.217	3,88%

Fuente: Elaboración propia sobre la base de datos provenientes del Ministerio de Energía y Minería de la Nación

En este nuevo escenario, la caída experimentada en la producción local de crudo (luego del pico alcanzado en 1998 las cantidades extraídas mermaron año tras año) no solo redujo los saldos exportables, sino que complicó aún más el abastecimiento energético interno. Adicionalmente, las exportaciones de crudo también se vieron desalentadas por la introducción de retenciones que fueron incrementándose paulatinamente (la política de retenciones sobre el petróleo y el gas será analizada el apartado 3).

La disminución de las cantidades extraídas de petróleo en el periodo pos-convertibilidad tuvo como correlato el incremento del porcentaje destinado al abastecimiento interno en detrimento de las exportaciones. Cabe señalar, que la caída experimentada en las exportaciones de crudo desde el 2002 significó un cambio de la política estatal llevada a cabo en los años noventa (ver cuadro 1).

Gráfico 1



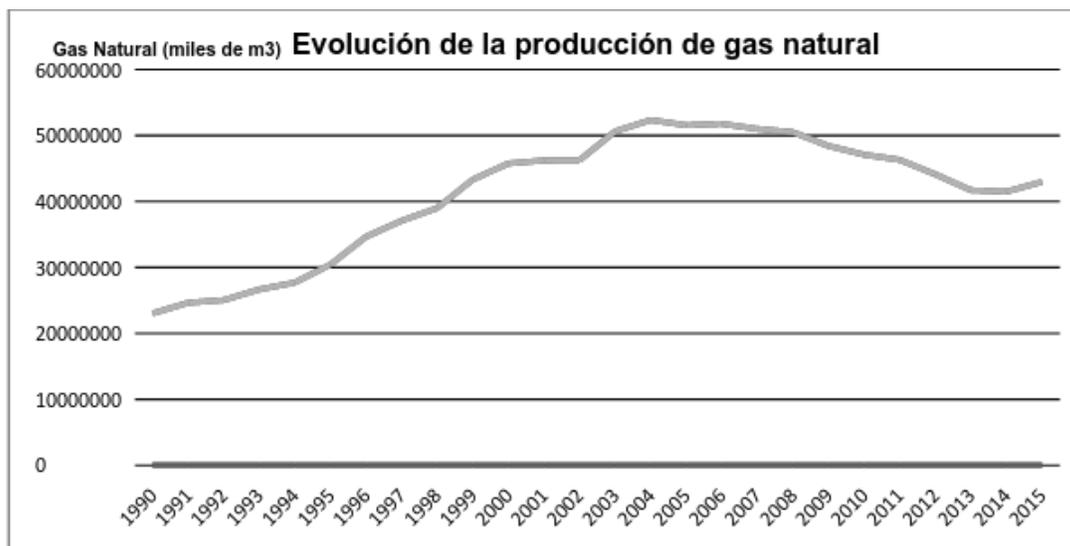
Fuente: Elaboración propia sobre la base de datos provenientes del Ministerio de Energía y Minería de la Nación

Por su parte, la producción de gas natural alcanzó su pico en el año 2004. Desde entonces se registró un paulatino descenso en los volúmenes producidos. El declive en la producción local de gas natural fue acompañado por una significativa reducción de las exportaciones ante la imposibilidad de hacer frente a la creciente demanda doméstica que obligó además a importar cantidades mayores de gas natural desde Bolivia y luego también de GNL (ver cuadro 2).

Las importaciones de GNL se iniciaron a partir de la instalación de dos terminales flotantes de regasificación ubicadas: una en el puerto de la ciudad de Bahía Blanca en 2008 que inyecta el

gas al sistema de transporte de la empresa Transportadora Gas del Sur (TGS), y una segunda terminal, que comenzó a funcionar en 2011 sobre el río Paraná de las Palmas a la altura de la localidad de Escobar, que aporta al gasoducto troncal de la empresa Transportadora Gas del Norte (TGN). Cabe señalar que, Inicialmente, la importación de GNL constituyó una medida de corto plazo destinada a asegurar el abastecimiento durante los períodos de mayor demanda de gas natural, esta metodología de importación parecería haberse consolidado profundizando la dependencia del sistema energético argentino con respecto al gas importado. No debe perderse de vista, que el precio pagado por la importación de GNL ha sido claramente superior a los precios del gas en boca de pozo de las cuencas argentinas y a los precios pagados a Bolivia por la importación de gas mediante gasoductos¹³.

Gráfico 2



Fuente: Elaboración propia sobre la base de datos provenientes del Ministerio de Energía y Minería de la Nación

IV. La reestatización de YPF y las políticas sectoriales en el periodo 2012-2015

Ante el incremento de los faltantes energéticos, en abril de 2012 el gobierno de Cristina Fernández de Kirchner tomó la decisión de expropiar el 51% de las acciones de YPF que se encontraban en poder de Repsol. Ese porcentaje se distribuyó en un 26 % para el Estado Nacional y un 25 % para las provincias productoras. Estas últimas firmaron un pacto de sindicación por 50 años

¹³ En 2016 se importó por primera vez GNL desde Chile a un costo aún mayor utilizando los gasoductos construidos en los años noventa con fines de exportación.

para votar de manera unánime y promover el consenso entre Nación y las provincias petroleras (Ley N° 26.741)¹⁴. Con el control de YPF el Estado recuperó una herramienta fundamental para regir un sector que había quedado a merced de las decisiones de empresas privadas en su gran mayoría trasnacionales cuya dinámica echó por la borda las “promesas” de las privatizaciones vinculadas a la expansión sostenida de las inversiones (Barneix, 2012).

En un primer momento, Repsol amenazó con iniciar acciones legales contra la Argentina (incluso presentó una demanda ante el CIADI) y presionó por lograr un resarcimiento económico de aproximadamente 10.500 millones de dólares. Pero, finalmente, a comienzos de 2014, el gobierno argentino y la firma española sellaron un acuerdo por el que el Estado argentino se comprometió a pagar alrededor de 5.000 millones de dólares mediante la emisión de bonos en compensación por las acciones expropiadas. Asimismo quedó establecido mediante la rúbrica del convenio por ambas partes el desistimiento recíproco de las acciones judiciales y arbitrales interpuestas y la renuncia a nuevas reclamaciones¹⁵. Cabe señalar, que el acuerdo alcanzado con Repsol generó una encendida discusión y no pocas críticas desde diversos sectores por considerarlo demasiado oneroso para el país.

Por último, el gobierno de Cristina Fernández de Kirchner sancionó a fines de octubre de 2014, luego de acordar con las provincias petroleras nucleadas en la Organización Federal de Estados Productores de Hidrocarburos (Ofephi), una nueva Ley de Hidrocarburos (Ley N° 26.741). La nueva normativa establece entre sus lineamientos que “la política petrolera es potestad del Estado nacional y debe ser la misma en todas las provincias”. Asimismo, actualiza la ley anterior (Ley N° 17.319 sancionada en 1967) al contemplar las nuevas técnicas de explotación, como son los recursos no convencionales, “off-shore” y la recuperación terciaria (estableciendo nuevos plazos para este tipo de concesiones, al ampliarlos y diferenciarlos, específicamente habilita 35 años para los yacimientos no-convencionales y 30 años para los desarrollos “off-shore” en la plataforma marítima argentina). Cabe señalar, que la extensión de los plazos prevista en la nueva ley ha

¹⁴ La expropiación de parte del paquete accionario de YPF que se encontraba en poder de Repsol significó también la salida de la compañía del grupo local Petersen de la familia Eskenazi que había ingresado a fines de 2007 y detentaba el 25 % de las acciones. El grupo Petersen había ingresado en Repsol-YPF a partir del acceso a diferentes préstamos que iría pagando con el reparto de utilidades de la misma empresa. Con la recuperación del poder sobre la compañía por parte de Estado argentino se suspendió también el giro de utilidades lo que hizo caer automáticamente los créditos a los que había accedido el grupo y derivó en su salida de la compañía.

¹⁵ Finalmente en mayo de 2014 Repsol se desprendió del resto de las acciones que habían quedado en su poder, pues al momento de la expropiación detentaba el 57% de la compañía.

motivado críticas desde diversos sectores que consideran dichos plazos demasiado prolongados e innecesarios, puesto que no garantizan que efectivamente se realicen las inversiones necesarias que requieren este tipo de explotaciones. La nueva normativa también ha sido fustigada por habilitar la adopción de tecnologías que en otros países han causado estragos ambientales y sociales sin especificar los recaudos que se tomarán al respecto.

No obstante, el nuevo escenario es sumamente complejo. La YPF actual dista mucho de ser la YPF anterior a la privatización, puesto que ha perdido áreas de explotación y buena parte de sus activos, lo que ha reducido su capacidad para liderar el mercado. Las expectativas para reducir el déficit energético y el drenaje de divisas asociado¹⁶ están puestas en el desarrollo de los hidrocarburos no convencionales, área donde la Argentina cuenta con escasa experiencia.

Para ello, el gobierno de Cristina Fernández de Kirchner avanzó en la firma de acuerdos de asociación y/o cooperación con petroleras internacionales (la estadounidense Chevron¹⁷ y las petroleras estatales Petronas -Malasia- y Sinopec -China-). En este sentido, resulta incierto el aporte del capital extranjero al desarrollo nacional en virtud de los daños ambientales que ocasionaría el uso de tecnologías con efectos nocivos como el “fracking”¹⁸. Asimismo, también se plantean dudas acerca de los efectos negativos de dicho capital sobre el sector externo de la economía argentina en el largo plazo y sobre la necesidad de trabajar para desarrollar tecnologías apropiadas endógenamente. Dichos aspectos a priori centrales no parecen haber tenido una consideración prioritaria en los acuerdos firmados con empresas extranjeras (Barneix, 2017).

¹⁶Entre 2012 y 2014 el déficit energético osciló entre los 6.000 y los 6.500 millones de dólares (Barrera y Manzanelli, 2015). Según datos Ministerio de Energía y Minería la compra de energía para cubrir el déficit del año 2015 demandó unos 4.200 millones de dólares, es decir, que se ahorraron respecto de los años anteriores unos 2000 millones de dólares. La reducción del déficit energético en términos monetarios se explica por un lado por la caída de las cantidades importadas, y por el otro, por la baja en los precios internacionales de los hidrocarburos, entre ellos los del gas natural proveniente de Bolivia y los del GNL que llega por barco, que componen la mayor parte de las importaciones de energía del país (ver cuadro 6 y 7). Cabe señalar, que el precio del gas que se importa desde Bolivia resulta de una fórmula que varía en función de los precios internacionales.

¹⁷ Dicho acuerdo ha sido cuestionado desde diversos sectores por el carácter no público de la distribución de cargas y beneficios entre YPF y la empresa estadounidense. El 10 de noviembre de 2015 la Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó al gobierno (por encontrarse YPF bajo la órbita del PEN) hacer públicas las cláusulas secretas del acuerdo entre la petrolera y Chevron para la explotación de hidrocarburos en “Vaca Muerta” suscripto el 16 de Julio de 2013. YPF SA había alegado que la divulgación del contenido del acuerdo comprometía secretos, industriales, técnicos y científicos y que no se le puede aplicar legislación o norma administrativa como entidad del Estado, ya que la empresa opera como una sociedad anónima abierta.

¹⁸ Existen en curso demandas judiciales relevantes al respecto y numerosas denuncias en organismos internacionales sobre los daños ambientales que han causado este tipo de explotaciones en distintos lugares donde se han implementado.

Si comparamos los datos de producción de 2015 respecto al 2011, último año antes de la expropiación de las acciones de Repsol, YPF incrementó en 2,2 millones de m³ la producción de crudo (20%) y en 2.450 millones m³ la de gas natural (23%). Por su parte, el resto de las petroleras que actúan en el país redujeron en conjunto su producción de crudo en 4,5 millones de m³ (20,5%) y en casi 6.000 millones de m³ la de gas natural (16,2%). Se observa claramente (ver cuadro 3) que la recuperación de la producción de hidrocarburos por parte de YPF no fue acompañada por el resto de las compañías del sector.

V. Evolución de la producción total y de la realizada por YPF (petróleo y gas natural) a partir de la reestatización del control de la compañía, 2012-2015

Cuadro 3

Año	Producción total de petróleo (m3)	Var (%)	Producción petróleo YPF (m3)	Var (%)	Producción total de gas natural (miles m3)	Var (%)	Producción de gas natural YPF (miles m3)	Var (%)
2011	33.217.899	---	10.952.246		46.312.773	---	10.604.428	--
2012	31.968.601	-4%	11.296.158	3%	44.123.694	-5%	10.326.666	3%
2013	31.332.936	-2%	11.640.647	3%	41.708.289	-5%	10.534.280	%
2014	30.881.240	-1%	12.671.227	9%	41.483.808	-1%	11.855.152	3%
2015	30.878.880	0%	13.178.075	4%	42.972.906	4%	13.058.693	0%
Promedio 2012-2015	31.265.414	-1,8%	12.196.527	4,76%	42.572.174	-1,8%	11.443.698	,5%

Fuente: Elaboración propia sobre la base de datos provenientes del Ministerio de Energía y Minería de la Nación

Desde nuestra perspectiva, la reducción de la producción de hidrocarburos por parte del sector privado en este último periodo podría explicarse en parte por el carácter transnacional de la mayoría de estas empresas. Es decir, al diseñar su plan de negocios, las petroleras internacionales contraponen la tasa de ganancia de extraer petróleo o gas natural en Argentina con la de extraer hidrocarburos fuera del país, si el costo de invertir en la Argentina es más alto que en otros países (aquí entran en juego varios factores: los precios internacionales, las diferencias geográficas y el

nivel de retenciones locales, los costos internos, la regulación vigente, etc.), no existen incentivos para incrementar la producción.

VI. Las retenciones a las exportaciones de hidrocarburos como principal herramienta de política sectorial en el periodo 2002-2012

La sanción de la Ley de Emergencia Económica y Reforma del Régimen Cambiario (Ley N° 25.561), a comienzos de 2002, durante el gobierno provisional de Eduardo Duhalde, introdujo retenciones a las exportaciones de crudo (20 %) y combustibles líquidos (5 %) y pesificó tanto el precio del gas “en boca de pozo” (segmento desregulado), como las tarifas de transporte y distribución (segmento regulado) lo que provocó una reducción de los ingresos empresarios en dólares.

Luego, durante la presidencia de Néstor Kirchner, en mayo de 2004 las retenciones a las ventas de petróleo crudo se incrementaron en un 5 %. Y en julio de ese mismo año, pasaron a ser móviles, en relación con la evolución del precio internacional del crudo (en un contexto de precio récord a nivel internacional), lo que significó un incremento importante de la renta hidrocarburífera captada por el fisco¹⁹. Se estableció un porcentaje de 25 puntos si el precio internacional del barril (WTI) se ubicaba por debajo de los 32 dólares, más la aplicación de una escala ascendente de hasta 20 %, si dicho precio internacional se ubicaba entre 32 y 45 dólares (ver tabla N°1*). Es decir, que si el precio WTI era de 45 dólares o más la alícuota de exportación tributada debía ser del 45 %.

Niveles porcentuales de las retenciones a las exportaciones de petróleo establecidos por la Resolución 532 de la Secretaría de Energía de la Nación (4/8/2004)

Rango de precio WTI US\$/barril	Alícuota adicional al 25 %
32,01 a 34,99	3%
35,00 a 36,99	6%
37,00 a 38,99	9%
39,00 a 40,99	12%
41,00 a 42,99	15%

¹⁹ No obstante lo cual, el oligopolio petrolero siguió concentrando exorbitantes ganancias, en virtud de los devaluados costos domésticos y los altos precios internacionales (Azpiazu, D., 2005, p.70).

43,00 a 44,99	18%
45,00 y más	20%

Además, se incorporó a las exportaciones de gas natural el sistema de retenciones fijándose una alícuota del 20 % en detrimento de las ganancias extraordinarias de su muy concentrada oferta externa (más del 40 % correspondía a Repsol-YPF)²⁰. Adicionalmente y de manera creciente se impusieron diversas restricciones cuantitativas a las exportaciones de gas natural, de forma de garantizar la atención de la demanda interna. Cabe señalar que en agosto de 2005, ante el reclamo y la presión empresaria, el gobierno de Kirchner liberalizó y dolarizó nuevamente el precio del gas “en boca de pozo”²¹. Más tarde, en julio de 2006, las retenciones a las exportaciones de gas natural se elevaron al 45 %.

Posteriormente, en noviembre de 2007, el gobierno de Néstor Kirchner introdujo un nuevo esquema de retenciones para la exportación de petróleo y derivados. Con la implementación del nuevo esquema, las exportaciones de petróleo crudo y derivados (entre ellos las naftas) pasaron a tributar 45 % si el precio internacional del barril (WTI) se ubicaba entre 45 y 60,89 dólares. Pero, en el caso de que el precio superara los 60,89 dólares, las alícuotas sobre las exportaciones surgían de un cálculo que contemplaba el precio internacional del producto y un valor de corte fijado por el Gobierno (ver cuadro 5). Las subas de retenciones más pronunciadas recayeron así sobre las naftas y el combustible de aviación que estaban gravadas con un 5% y pasaron a tener casi la misma retención que el crudo.

Más tarde, en marzo de 2008, dada la diferencia existente entre los precios de importación y exportación del gas natural, se estableció que “se aplique como base de valoración de las exportaciones de gas natural el precio más alto establecido para esa mercadería en los contratos de importación a la Argentina aplicables en cada momento”. Además, la misma resolución fijó una retención del 100 % para las exportaciones de gas natural, lo que implica que el derecho de exportación se iguala al costo de importación del gas que realiza Argentina.

²⁰ Cabe resaltar, que al implementar el esquema de retenciones a las exportaciones de hidrocarburos, “la administración Duhalde había excluido a las exportaciones de gas natural, el hidrocarburo de mayor dinamismo exportador en los años previos” (Azpiazu, D., 2005, p.71).

²¹ Asimismo, se les permitió a las distribuidoras de gas trasladar a sus usuarios (con excepción de los residenciales) esos mayores costos. También se les reconoció el respectivo impacto en su estructura de costos a los generadores de energía eléctrica afectados por el encarecimiento de sus insumos energéticos: básicamente gas natural y fuel oil (Azpiazu, D., 2005, p.69).

Variación de las alícuotas de referencia por retenciones a las exportaciones de hidrocarburos desde su implementación en 2002 (crudo, naftas y gas) (Cuadro 4)

Periodo (2002-2010)	Norma	Alícuota		
		Crudo	Naftas	Gas Natural
13/02/2002	Decreto N° 310	20%	5 %	
11/05/2004	Resolución 337	25 %		
26/05/2004	Decreto N° 645			20 %
04/08/2004	Resolución 532	*25 % si el Precio WTI es = o < a 32 US\$. **25 % + máx. 20 % (según tabla N° 1) si el Precio WTI es > 32 US\$		
14/07/2006	Resolución 534			45 %
15/11/2007	Resolución 394	*No hay retenciones establecidas y se fija un plazo de 90 días hábiles para determinar el porcentaje a aplicar si el Precio WTI es < a 45 US\$. **45 % si el Precio WTI se ubica entre 45 y 60,89 US\$. ***Se calcula con la siguiente fórmula: $d = \frac{Pi - VC}{VC} \times 100$ si el Precio WTI es = o > a 60,9 US\$ Donde: d: Derecho de Exportación Pi: Precio Internacional VC: Valor de Corte (crudo: 42 US\$; Naftas: 78 US\$).		
10/03/2008	Resolución 127			100 %
21/06/2012	Resolución 438	Incorpora a lo establecido en la Resolución 394/07 un crédito fiscal adicional de		

		28 US\$ para aquellas empresas que aumenten su producción.		
07/01/2013	Resolución 1	Deroga la resolución 438/12 y modifica los valores de corte y de referencia estipulados en la Resolución 394/07 Nuevo Valor de Corte: 70 US\$ Nuevo Valor de Referencia: 80 US\$		
21/10/2014	Resolución 803	*13 % si Pi es < 80 US\$ **11,50 % si Pi es < 75 US\$ ***10% si Pi es < 70 US\$		
29/12/2014	Resolución 1077	*1% si el Pi es < 71 US\$ **Si el Pi es > o = a 71 US\$ se calcula con la siguiente fórmula: $(Pi - 70) / 10 \times 100$ Pi: es valor Brent menos 8 US\$ X Barril		

Fuente: Elaboración propia sobre datos de www.infoleg.gov.ar Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación

En esta primera etapa, la implementación del impuesto a las exportaciones de petróleo y derivados apuntó a divorciar los precios del mercado interno de los que regían en el mercado internacional intentando evitar presiones inflacionarias. Además, la aplicación de las retenciones generó un importante incremento en los ingresos fiscales.

Debe tenerse en cuenta, que limitar directamente o prohibir las ventas de crudo al exterior sería una medida que cambiaría los contratos de concesión firmados entre 1992 y 1993, los que aseguran la libre disponibilidad de los hidrocarburos para el concesionario modificando asimismo los Tratados Bilaterales de Protección de las Inversiones (TBI)²². Así, este mecanismo, el de las

²² Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de las Inversiones Extranjeras (TBI). Argentina firmó y ratificó 56 tratados de protección de inversiones y se convirtió así en el país americano en suscribir más acuerdos de esa naturaleza. Los TBI fueron firmados a principios del gobierno de Menem y renovados sin modificaciones durante las administraciones Duhalde y Néstor Kirchner post caída del régimen de convertibilidad.

retenciones, fue un modo indirecto de limitar las exportaciones sin establecer cupos que resultó eficaz.

Esta política en relación con el precio de las exportaciones se combinó con una política de acuerdos de precios a nivel interno entre el gobierno de Néstor Kirchner y los formadores de precios (las empresas líderes integradas verticalmente). Si bien, ambas medidas de política resultaron relativamente eficaces para reducir las cantidades exportadas y mantener los precios bajo control no lograron incentivar el proceso de inversión para aumentar la exploración ni la capacidad de refinación por parte de las empresas.

VII. Las retenciones tras la reestatización de YPF

En 2012, en un contexto de caída sostenida de la producción tanto de petróleo como de gas natural, el gobierno de Cristina Fernández de Kirchner decidió la recuperación del control de YPF por el Estado argentino. A mediados de ese mismo año, una nueva disposición de la Secretaría de Energía inauguró una segunda etapa en la orientación del manejo del esquema de retenciones. Dicha resolución establecía que si las empresas cumplían con una serie de metas de producción se les otorgaba un crédito fiscal adicional, equivalente a 28 dólares por barril. Por lo tanto, por cada barril exportado podían llegar a cobrar 70 dólares.

Con el precio internacional del crudo en baja²³, el esquema de retenciones volvió a sufrir modificaciones a comienzos de 2013 cuando se cambiaron los valores de referencia que se utilizaban para fijar su nivel con el objetivo de incentivar la producción y la exploración de crudo. Hasta ese momento, si la cotización internacional del crudo superaba los 60,9 dólares, las petroleras recibían un valor de corte de 42 dólares por barril y el resto se lo quedaba el Estado. Por su parte, si el precio internacional era menor al valor de referencia (60,9 dólares) se cobraba una alícuota fija del 45 %. Con el nuevo esquema, el valor de corte se elevó a 70 dólares, aunque sólo regía si la cotización superaba, no ya los 60,9 dólares, sino los 80 dólares. Asimismo, ante la ausencia de incrementos en la producción de crudo se eliminó la compensación adicional que se había establecido en 2012.

²³ El precio internacional de barril de crudo pasó de cotizar cerca de 90 dólares a comienzos de 2011 a 30 dólares a finales de 2015. Según diversos analistas, las causas de este derrumbe en el precio internacional del petróleo deben buscarse en la crisis internacional y la menor demanda asociada; la recuperación de la producción en Estados Unidos a partir de la explotación de recursos no convencionales y su estrategia geopolítica contraria a los intereses de Venezuela y Rusia; y el aumento sostenido de la producción de Arabia Saudita (principal productor dentro de la OPEP).

Más tarde, en octubre de 2014 las autoridades económicas decidieron una fuerte reducción de las retenciones a las exportaciones de petróleo y sus derivados. La nueva resolución²⁴ indicaba que "el contexto internacional del mercado de hidrocarburos ha generado un alto grado de variabilidad en el nivel de precios del petróleo crudo y sus derivados" y que en función de ese contexto "resulta necesario garantizar los niveles actuales de rentabilidad del sector con el propósito de mantener las pautas de inversión tendientes al logro del autoabastecimiento de hidrocarburos establecido en la Ley N° 26.741".

Se estableció que cuando el precio internacional fuera menor a 80 dólares el barril o a 503 dólares el m³, la retención a las exportaciones sería del 13%. Si el precio internacional se ubicaba por debajo de los 75 dólares el barril o sea inferior a los 472 dólares el m³, se tributaba el 11,50%. Y cuando esté por debajo de los 70 dólares el barril o de 440 dólares el m³, la retención sería del 10%.

Finalmente, a principios de 2015, el gobierno oficializó un nuevo esquema de retenciones. La nueva norma²⁵ establece que cuando el precio internacional del crudo (se toma como valor de referencia la cotización del Brent) sea inferior a 71 dólares, las empresas pagarán derechos a la exportación por el 1% de ese valor. A su vez, la norma define una fórmula polinómica que servirá para aplicar retenciones variables cuando el precio internacional iguale o supere los 71 dólares. En ese sentido, se instituye un precio internacional (PI) equivalente al nivel del Brent menos 8 dólares por barril, que funcionará como el indicador clave para determinar los derechos a la exportación.

Según la normativa vigente si el precio internacional es mayor o igual a 71 dólares las retenciones se calculan aplicando la siguiente fórmula: $(PI - 70) / 70 \times 100$. En la práctica, la retención del 1% estará vigente mientras el Brent sea inferior a 79 dólares. Para los precios iguales o superiores a 79 dólares (que arrojarían un precio internacional de 7 o más dólares), las empresas liquidarán retenciones variables²⁶.

En suma, con la llegada a la presidencia de Néstor Kirchner en 2003 el Estado retomó un rol más importante en el sector hidrocarburos, fundamentalmente a través de la aplicación del esquema de retenciones a las exportaciones de crudo y derivados, a los que sumó también el gas natural y los biocombustibles. Las retenciones fueron uno de los ejes centrales de la política energética llevada adelante por los gobiernos de Néstor y Cristina Kirchner en el periodo 2003-2011 y su

²⁴ Ver Resolución 803/2014. Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

²⁵ Ver Resolución 1077/2014. Ministerio de Economía y Finanzas Públicas

²⁶ La resolución de Economía establece fórmulas similares para determinar los nuevos derechos a la exportación de naftas, combustible para avión, lubricantes y otros derivados del hidrocarburo.

progresivo incremento tuvo el triple objetivo de desacoplar los precios internos de los internacionales, apropiarse una mayor porción de la renta petrolera y gasífera para el Estado y desalentar las exportaciones.

La política de retenciones se complementó con incentivos fiscales e incrementos de precios para la producción adicional y con acuerdos informales sobre los precios internos con las empresas del sector. No obstante los intentos del gobierno por promover las inversiones en la extracción de crudo y gas natural y en la producción de derivados mediante los programas plus²⁷, la extracción de petróleo y gas siguió disminuyendo año tras año²⁸, al igual que las reservas. Por su parte, la creación de Enarsa²⁹ y la incorporación de capitales privados nacionales en el sector, que según especulaciones periodísticas, habría sido incentivada desde el gobierno nacional³⁰ no produjo cambios relevantes en el funcionamiento del sector (Barneix, 2012).

²⁷En 2008 se lanzaron el Programa Gas Plus (PGP) que implicó el reconocimiento de mayores precios para la producción adicional de gas natural que se comercializa directamente entre los productores y grandes usuarios; el Programa Petróleo Plus (PPP) con el doble objetivo de incrementar la producción y las reservas de crudo. El PPP es un sistema de incentivos y devolución de impuestos para que las petroleras concreten nuevas inversiones destinadas a elevar los niveles de producción de crudo; y el Programa Refinación Plus (PRP) que con el objeto de incrementar la producción de combustibles otorgaba certificados de crédito fiscal aplicables al pago de derechos de exportación. Los Programas Petróleo Plus y Refino Plus fueron suspendidos en enero de 2012 por no cumplir con las expectativas de nuevas inversiones por parte de las empresas (Barneix 2012).

²⁸Tampoco se registró una ampliación en la capacidad de refinación, es decir, en la producción de combustibles. Con respecto a los combustibles líquidos, las dificultades en el abastecimiento del mercado interno a partir del año 2009 derivaron en la necesidad de importar naftas (desde 2003 ya se importaba gasoil) puso al descubierto la necesidad de avanzar sin más dilaciones en una política nacional de refinación. El problema estructural es que no existe capacidad extra disponible para refinación debido a la ausencia de inversiones en ampliación de dicha capacidad (es decir, de producción de naftas) en, al menos, los últimos 25 años. Las escasas inversiones en refinación refieren, en todos los casos, a reformas para mejoramiento de calidad de productos (menos azufre, mayor octanaje, etc., muchas veces pensadas en función de la posibilidad de exportación antes que de colocaciones en el mercado interno). Asimismo, esto responde a una estrategia de diferenciación del producto por parte de las empresas que les permite obtener mayores ganancias pero no resuelve el problema de fondo (Barneix, 2012).

²⁹Energía Argentina S.A. (ENARSA) fue creada por la Ley N° 25.943 en noviembre de 2004, donde el Estado Nacional controla el 53% del capital social –acciones intransferibles–, el 12% corresponde a las provincias y el 35% restante se cotiza en la Bolsa. Si bien la empresa nació siendo titular de los permisos de exploración y explotación en todas las áreas marítimas no concesionadas, y está autorizada a realizar una multiplicidad de actividades vinculadas a la energía, el objetivo proclamado fue el de transformarla en una firma “testigo” dentro del mercado. Desde su creación, Enarsa se encargó de realizar las principales importaciones de los faltantes energéticos incurriendo en importantes erogaciones.

³⁰Según especulaciones de la prensa especializada entre 2003 y 2011 el gobierno argentino habría alentado la posibilidad de que capitales de origen nacional recuperen protagonismo en el sector energético ante la creciente extranjerización de la oferta. En esa dirección se enmarcaría la compra de parte del paquete accionario de Repsol-YPF por parte del grupo local Petersen de la familia Eskenazi producida a fines de 2007 (15% con opción de compra sobre un 10 % más que luego ejecutó). En el mismo sentido se enmarcaría la compra en 2008 de la refinería y planta fluvial ubicadas en la ciudad de San Lorenzo (Santa Fe) y de la red de comercialización de combustible de Petrobrás Energía por parte de Oil Combustibles S.A. (actualmente en concurso de acreedores) una sociedad de capitales nacionales presidida por el empresario Cristóbal López (Barneix, 2012).

En definitiva, queda claro que el objetivo de las retenciones a las exportaciones de hidrocarburos ha ido cambiando con el paso del tiempo de acuerdo al contexto. Durante el gobierno interino de Duhalde se aplicaron las primeras medidas tendientes a captar divisas, posteriormente Néstor Kirchner aplicó un sistema orientado a desacoplar el precio interno de los vaivenes internacionales en un escenario mundial de precios altos. A partir de 2012, en un contexto de precios internacionales bajos, se dejó de lado el objetivo de desincentivar las exportaciones y se focalizó en promover la exploración y aumentar la producción.

VIII. Consideraciones finales

Como ya especificamos, las retenciones, técnicamente denominadas Derechos de Exportación, son un arancel que se aplica a las exportaciones. Ahora bien, las retenciones obviamente tienen efectos en el frente de la recaudación, de desacople de los precios domésticos de los internacionales, de definición de dos tipos de cambio efectivos para favorecer el desarrollo industrial, etc. O sea, son una herramienta de política económica. Del mismo modo que lo son los aranceles de importación.

Como es un tema de política económica, las retenciones a las exportaciones o los aranceles a las importaciones provocan adhesión o rechazo³¹. Por eso son un tema de debate por demás interesante de herramientas para establecer estrategias de crecimiento de la economía.

A partir de la salida de la convertibilidad, las retenciones se transformaron en una de las principales herramientas de política económica en el sector de los hidrocarburos. Con los sucesivos cambios que se fueron implementando en el esquema de retenciones, en combinación con una política de incentivos fiscales para la producción adicional y con acuerdos informales sobre los precios internos con las empresas del sector, se buscó incidir en un sector que se encontraba totalmente desregulado.

En un primer momento, las retenciones resultaron eficaces para desalentar las exportaciones, desacoplar los precios internos de los internacionales (fundamentalmente hasta 2008). Adicionalmente, permitieron incrementar los ingresos del fisco. No obstante, la política desplegada por el gobierno de Néstor Kirchner y luego por Cristina Kirchner no logro revertir la caída en la producción tanto de petróleo como de gas natural.

³¹ Para el caso basta con recordar la situación suscitada en el año 2008 a partir de la resolución 125 y que implementaba un esquema de retenciones móviles a las exportaciones de soja y su posterior derogación.

Asimismo, resulta evidente que pese a los altos niveles de rentabilidad en términos internacionales (Azpiazu, 2005) tampoco existieron incentivos suficientes para promover inversiones en exploración. Desde nuestra perspectiva, la explicación a la caída sostenida en la incorporación de nuevas reservas de crudo y gas natural debe buscarse en el carácter transnacional de la de la operatoria de la mayoría de las petroleras con actuación en el país. Dichas compañías, al decidir el destino de sus inversiones, prefirieron invertir en países donde la tasa de rentabilidad resultaba aún más elevada (Bolivia, Ecuador, golfo de México, Libia, Argelia, etc.).

La recuperación del control de YPF por el Estado argentino a principios de 2012 deviene entonces de la debilidad de las políticas implementadas entre 2003 y 2011 (manejo del esquema de retenciones, incentivos fiscales, Enarsa, etc.) y de la inviabilidad del modelo de privatización y desregulación iniciado en los años noventa. La decisión de expropiar el 51 % de las acciones de YPF significó un golpe de timón por parte del gobierno encabezado por Cristina Kirchner en un intento del por volver a regir el mercado de hidrocarburos. Con el control de YPF, el Estado asumió el desafío de llevar adelante e impulsar las inversiones necesarias para reducir los faltantes de energía. Y el petróleo y el gas natural volvieron a recuperar su status de recursos estratégicos. Sin embargo, con el triunfo electoral de la Alianza Cambiemos en octubre de 2015, la orientación que había tomado la política sectorial desde 2012 pareciera volver a truncarse ante una nueva administración con un claro sesgo procapital privado.

Referencias bibliográficas:

- AZPIAZU, D. (2005). *Las privatizadas: ayer, hoy y mañana (Tomo I y II)*. Colección Claves para Todos. Buenos Aires: Editorial Capital Intelectual.
- BARNEIX, P. (2012). "El desempeño del sector petrolero argentino 2002-2011: los problemas estructurales emergentes del modelo de desregulación y privatización". En *Revista Realidad Económica*, Instituto Argentino para el Desarrollo económico (IADE), Buenos Aires, N° 268, pp. 60-87.
- (2017). "Un repaso de las principales transformaciones en la explotación de hidrocarburos en el periodo 1989-2015". En *Revista Realidad Económica*, Instituto Argentino para el Desarrollo Económico (IADE), Buenos Aires, N° 304, pp. 103-133.

BARRERA, M. (2013). "Reformas estructurales y caída de reservas hidrocarburíferas: el caso argentino". En *Análisis Económico*, México, N° 69, vol. 28, pp. 167-188.

BARRERA, M. y MANZANELLI, P. Coordinador BASUALDO E. (2015). CIFRA. Informe de coyuntura N° 15, Buenos Aires, marzo 2015.

FORCINITO, K.; VILAS, C.; IAZZETTA, O. y BOHOSLAVSKY, E. (2005). *Estado y política en la Argentina actual*. Buenos Aires: Prometeo libros. Universidad Nacional de General Sarmiento.

HIDALGO, E. (2009). "Competencias de la Nación y las provincias en la explotación de hidrocarburos en la Argentina. En *Revista Realidad Económica*, Instituto Argentino para el Desarrollo Económico (IADE), Buenos Aires. N° 241, pp. 66-93.

KOZULJ, R. (2002). Balance de la privatización de la industria petrolera en Argentina y su impacto sobre las inversiones y la competencia en los mercados minoristas. Santiago de Chile. CEPAL.

KOZULJ, R. y BRAVO, V. (1993). La política de desregulación petrolera argentina: antecedentes e impactos. Buenos Aires: Centro editor de América latina.

Leyes: N° 17.319, N° 23.696, N° 23.697, N° 24.076, N° 24.145, N° 25.561, N° 25.943, N° 26.197, N° 26.741.

Decretos (PEN): N° 1055/89, N° 1212/89, N° 1589/89, N° 2.778/90, N° 310/02, N° 809/02, N° 645/05.

Resoluciones (Ministerio de Economía y Finanzas Públicas): N° 337/04, N° 532/04, N° 534/06, N° 394/07, N° 127/08, N° 438//12, N° 1/13, N° 803/14, N° 1077/14.

EL USO DEL PASADO EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PENAL EN ARGENTINA. LA IMAGEN DEL ANTIGUO RÉGIMEN COMO TRADICIÓN LATENTE

Por Alejandro Agüero

Recibido: 09/05/2017

Aceptado: 15/06/2017

RESUMEN

Este artículo procura analizar el rol de la narrativa histórica en la enseñanza del derecho penal en el nivel universitario en Argentina, focalizándose en la brecha entre la más reciente investigación historiográfica y la narrativa histórica clásica utilizada como introducción por los tratados y manuales orientados a la enseñanza del derecho penal. El trabajo busca mostrar cómo esta narrativa histórica clásica combina, en clave teleológica, lo que Robert Gordon ha llamado modos “estático” y “dinámico” de usar el pasado, siendo ambos modos autoritativos de usar el pasado. En ese contexto, procuramos mostrar, cómo la imagen de la justicia criminal del Antiguo Régimen funciona como “tradición latente” (tomando este concepto de Rüsén). Finalmente, procuramos explorar las posibilidades de un uso crítico de la historia en la enseñanza del derecho penal.

PALABRAS CLAVE

Derecho penal – Historia del Derecho y Derecho Penal – Uso del Pasado – Enseñanza del Derecho Penal

THE USE OF THE PAST IN THE CRIMINAL LAW TEACHINGS IN ARGENTINA. THE IMAGE OF THE ANCIENT REGIME AS DORMANT TRADITION

By Alejandro Agüero

ABSTRACT

This paper attempts to analyze the role of historical narrative in teaching criminal law at the university level in Argentina, focusing on the gap between the most recent historical research and the classical historical narrative used as introduction by treaties and manuals aimed at teaching criminal law. The paper seeks to show how this classical historical narrative combines, in a teleological key, what Robert Gordon has called “static” and “dynamic” modes of using the past, being both authoritative modes of using of the past. We try to show how, in this context, the image of the Ancient Regime’s criminal justice, works as a “dormant tradition” (taking this concept from Rüsén). Finally, we try to explore the possibilities of a critical use of history in teaching criminal law.

KEY WORDS

Criminal Law – Legal History and Criminal Law – Use of the past – Teaching Criminal Law

EL USO DEL PASADO EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PENAL EN ARGENTINA. LA IMAGEN DEL ANTIGUO RÉGIMEN COMO TRADICIÓN LATENTE

Por Alejandro Agüero *1

I. Introducción: Historia y Derecho

“(…) una historia que, para empezar, suprime lo que no le conviene porque obstaculiza aspiraciones concretas y contradice certezas consideradas sacrosantas e intocables, es realmente una caricatura que no merece nuestra atención.” (Caroni, 2010, p. 86)

No sería exagerado decir que la historia del derecho es una disciplina “en retirada”, al menos, dentro del contexto formativo de los juristas en el nivel universitario de grado. Esta afirmación, que da cuenta de un hecho ostensible en el ámbito de las facultades de derecho en Argentina, vale también para otros escenarios occidentales (Caroni, 2010, pp. 55 ss.). Como lo ha señalado Thomas Duve, con respecto a la historia del derecho en Alemania, parece repetirse como patrón común, la paradójica situación de que mientras nuestra materia se ha abierto a nuevas formas de comprensión del derecho y a perspectivas provenientes de otras disciplinas, su posición institucional en las facultades de derecho se ha tornado cada vez más precaria (Duve, 2014, p. 36).

No pretendo volver aquí sobre las razones -bastante conocidas- de este proceso de “deshistorización” en la enseñanza del derecho que, por lo demás, puede adscribirse sin dificultad a un fenómeno generalizado en el campo del pensamiento social, particularmente acusado en las décadas finales del siglo pasado. Lo que sí me interesa destacar, parafraseando a Bourdieu (2000), es que ha sido la propia historia la generadora de los mecanismos de “neutralización” de la historia, dando lugar así un efecto de *eternización* relativa de determinadas estructuras (p. 8, 104 ss.). Si pensamos en el papel que le cupo a la historia del derecho en la legitimación del orden jurídico resultante de las revoluciones burguesas, y en el rol que desempeñó, desde lo académico, en la consolidación de ese nuevo derecho, podemos también comprender cómo ella misma contribuyó, junto con otros factores epistémicos e ideológicos, a generar un marco de posibilidad del

* Investigador Independiente del CONICET. Profesor de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Abogado por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC) y Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid.

pensamiento jurídico capaz de prescindir de la historia y buscar en otras claves los reaseguros de su propio funcionamiento y justificación (Horwitz, 1997; Hespanha, 2002; Garriga, 2004 y 2004b) .

Valgan estas breves reflexiones para adelantar un necesario *mea culpa* de parte de quien profesa la historia del derecho como disciplina, antes de proceder al análisis de la narrativa histórica que los colegas de derecho penal suelen – quizás debería decir “solían” – incluir en sus tratados y manuales orientados a la enseñanza de esa “rama del derecho”. Aunque pudiera sonar ya extemporáneo, atendiendo a la trayectoria que viene desarrollando la llamada “historia crítica del derecho” (Hespanha, 2002, p. 21) debemos reconocer que, al menos en Argentina, en las facultades donde todavía persiste como asignatura independiente, los programas vigentes de historia del derecho no traslucen por ahora una asimilación profunda de las nuevas corrientes, conservando, en cambio, buena parte de los sesgos que han venido siendo objeto de crítica en el debate académico más especializado.²

De este modo, todo lo que pueda objetarse a aquellas narrativas que suelen servir de introducción a la enseñanza del derecho penal es, a la vez, una objeción al modo en que durante mucho tiempo se concibió la forma de hacer historia del derecho. La más estrecha relación que antiguamente vinculaba a los historiadores del derecho con sus colegas de las ramas dogmáticas explicaría la difusión de los propios condicionamientos, al tiempo que, el logro de un estado de legitimación suficientemente sólido, entre otras razones, nos ayudaría a comprender el actual alejamiento entre unos y otros. Con estas advertencias nos proponemos aquí analizar los rasgos generales que ofrecen los apartados históricos de los tratados y manuales más difundidos en la enseñanza del derecho penal en Argentina, para detenernos específicamente en lo que podríamos llamar “la imagen del Antiguo Régimen” que ellos nos presentan. Nuestro análisis tiene un doble propósito: a) someter a crítica los rasgos definitorios que se ofrecen en el recorte histórico predominante de dichas obras y b) reflexionar sobre el papel que desempeña aquella “imagen” que, inserta en una tradición de saber, se reproduce en la enseñanza del derecho penal actual. Hecho esto, procuraremos considerar las posibles consecuencias de adoptar un punto de vista alternativo.

² Un balance sobre los programas de la asignatura en Argentina en Tau Anzoátegui, 2010.

II. La historia en el derecho. Usos del pasado

La expresión “historia en el derecho” apunta deliberadamente a resaltar una forma de comprender la labor del historiador del derecho que, básicamente, puede resumirse en la idea de construir una imagen del pasado adaptada a los moldes del derecho presente.³ Aunque no siempre sea fruto de una estrategia intencional, dicho modo de proceder se observa en la adopción de puntos de vistas y estrategias narrativas que se manifiestan de diversos modos (Hespanha, 2002, pp. 30 ss.):

- retroproyectando conceptos a épocas en las que resultan ajenos (*naturalización*)
- interpretando la relación entre pasado y presente como un *continuum* lineal y progresivo (*teleologismo*)
- consecuentemente, tomado selectivamente del pasado aquellos datos que sólo resultan relevantes porque caen dentro del área iluminada por los esquemas retroproyectados y, además, porque se ajustan a la cadena teleológica como antecedentes de estructuras del presente (*familiaridad dogmática*)

La historiografía crítica del derecho ha procurado mostrar de qué modo la narrativa tradicional, por vía de esa “política implícita de la idea continuidad” (Hespanha, 2002, p. 33), construyó una imagen del pasado que se adaptaba a los consensos fundacionales del estado liberal decimonónico, presentados como categorías atemporales válidas para el análisis de cualquier escenario social. Entre esos consensos básicos naturalizados que condicionaron la lectura del pasado jurídico, Hespanha (2002) destaca los siguientes (p. 31):

- a) la idea de una separación rigurosa entre sociedad política y la sociedad civil
- b) la distinción de la naturaleza de los poderes, cuando se trata de poderes del Estado (poderes públicos) o de particulares (poderes privados)
- c) la institución de una serie de mecanismos de mediación, fundados en el concepto de representación (concebido como un producto de la voluntad), por medio de los cuales los ciudadanos, viviendo en la sociedad civil, participaban en la sociedad política.
- d) Identificación del derecho con la ley, concebida como expresión de la voluntad soberana
- e) La institución de la justicia oficial como la única instancia de resolución de conflictos.

³ En el mismo sentido, Garriga (2004), habla de “historia en la tradición”; también Gordon (1984) hace referencia al mismo efecto con una expresión aparentemente inversa, “law-in-history”, para designar la perspectiva que sería dominante en la enseñanza jurídica liberal (pp. 57-58).

A partir de las enseñanzas de la historia conceptual, diversos estudios han llamado la atención sobre el modo en que ciertas nociones basilares del lenguaje de los juristas decimonónicos se filtraron en la lectura histórica a través de significantes aparentemente inocuos como *estado, persona, sujeto, ley, legislación, derecho, soberanía, república, justicia, autonomía*, etc., imponiendo de esta manera sentidos que dibujan una imagen del pasado al servicio del presente en tanto que naturalizan artefactos emergentes de la cultura política decimonónica y diluyen la alteridad de las experiencias pasadas (Koselleck, 1993).

Nada de lo dicho hasta aquí resulta nuevo para quienes están familiarizados con las discusiones teórico-metodológicas de las disciplinas históricas, así como para quien frecuenta la historia conceptual, la más reciente historia de los lenguajes políticos o la más acotada historia crítica del derecho.⁴ No es este el caso, sin embargo, de los juristas, salvo notables excepciones. Incluso en el ámbito de las cátedras de historia del derecho, al menos en Argentina, la tematización de estas dificultades tiene todavía una presencia bastante marginal y la historia crítica del derecho no es representativa del pensamiento dominante en el profesorado universitario. Ya sea por ingenuidad o por determinación pragmática o ideológica, esta distancia entre los juristas y los problemas meta-historiográficos, ha facilitado notablemente la reproducción acrítica de unas narrativas históricas en el ámbito de las facultades de derecho que, bajo modestas pretensiones propedéuticas, terminan cumpliendo un papel de solidificación – por repetición – de las propias tradiciones.

Muy probablemente esa adherencia hacia el uso autoritativo de la historia está relacionada con las formas propias de la argumentación jurídica, especialmente cuando ésta, por alguna razón contextual, no procede por vía analítica. Analizando el discurso de los abogados norteamericanos, Robert W. Gordon (1996) propuso una clasificación de los “usos del pasado” que denota condicionamientos similares a los que hemos señalados con relación a la tradicional manera de hacer historia del derecho. Según Gordón (1996) los abogados apelan a la historia en un modo “estático”, “dinámico”, o “crítico”. En el primer caso, lo hacen para sostener que una norma jurídica, regla o práctica, tiene un significado fijo que ha sido establecido por el uso pasado, reclamando así adhesión a la comprensión original de un texto o a las intenciones auténticas de un legislador originario. En el modo “dinámico”, parten de la base de que el derecho y las instituciones deben adaptarse a las condiciones cambiantes de la sociedad, aunque asumiendo implícitamente que la

⁴ Un debate actualizado sobre las relaciones entre historiografía política y jurídica, puede verse en Barrera-Tío Vallejo (2012). Sobre la historia conceptual como historia de los lenguajes políticos, Palti (2005).

evolución jurídica sigue algún patrón tendencial de la historia, una *dirección* subyacente del cambio político, económico o social. En ambos casos, el recurso a la historia se hace en pos de una autoridad, ya sea la del valor inmutable o la del curso natural evolutivo de las cosas. En el modo “crítico”, en cambio, se indaga en el pasado para cuestionar su papel autoritativo (pp. 124-125).

Lo que vincula a los modos estáticos y dinámicos en la función autoritativa es, según el citado autor, su concepción lineal y continuista de la relación entre pasado y presente: “the past can control the present because it is continuously connected with the present through narratives of stasis or tradition, or of progress or decline” (Gordon, 1996, p. 125). En el modo crítico, en cambio, se parte de la idea de una ruptura o discontinuidad entre las experiencias del pasado y las del presente. Este es el punto nodal donde se separan los modos de aproximarse a la historia. Un abismo media –se ha dicho (Garriga, 2004, p. 4).– entre ambas actitudes, en tanto que por la vía de la continuidad se ordena el pasado en función del presente, se hace derecho con la historia, mientras que por el reconocimiento de las rupturas es posible una aproximación que procure liberar la lectura del pasado de esos condicionantes.

Pudiera alegarse que un conocimiento del pasado completamente liberado condicionantes presentes es imposible y que aun, si lo fuera, no tendría otra utilidad que saciar una mera curiosidad erudita. De hecho, se ha observado que las dificultades epistemológicas, entre otras razones, llevaron a muchos historiadores a “refugiarse” en el pasado, abdicando de toda pretensión explicativa con incidencia explícita en el presente (Lawrence, 2012, p.323). A la primera objeción se puede responder concediendo que, en parte, es así, pero que hay condicionamientos que son evitables una vez que se toma conciencia de ellos. Ante la segunda, cabría decir que un conocimiento menos condicionado del pasado contribuye a desactivar el papel legitimador de las representaciones tradicionales en la medida en que ya no podemos valernos, para sostener el presente, ni de las teorías evolutivas ni de las amenazas a un regreso de oscurantismo. A nuestro juicio, a pesar de la ostensible des-historización de la enseñanza predominante del derecho penal, estas dos formas de uso del pasado, siguen operando. Como esperamos mostrar aquí, a pesar del menor peso relativo de los capítulos históricos en las obras más actuales, la narrativa histórica sigue funcionando como generadora de sentido, ya en su aspecto genético evolutivo ya como “tradición ejemplarizante” (Rüsen, 2012).

III. La historia en del derecho penal y procesal penal en Argentina

a. Formas de inserción de la historia y configuración del relato evolutivo

Tematizar el problema de la historia en la enseñanza del derecho penal implica preguntarnos, en primer lugar, cómo y por qué se inserta la historia en las obras a las que más usualmente se recurre en las aulas universitarias, para analizar, en segundo lugar, cuándo y cómo la apelación a la historia se torna operativa en las discusiones actuales. No nos planteamos aquí analizar las obras y sus autores en términos de una historia de las ideas⁵, sino identificar los rasgos de una trama textual sostenida por las referencias bibliográficas que marcan (o marcaron) una impronta indeleble en producciones subsecuentes destinadas a la enseñanza del derecho penal en Argentina. Seguir cada uno de los hilos de dicha trama nos demandaría a una labor excesiva para nuestros propósitos. Nuestro recorte se concentrará en la experiencia de la enseñanza del derecho penal en la Universidad Nacional de Córdoba, considerando un rango de obras que van desde los manuales de lectura obligatoria hasta los tratados citados como referencia opcional para abundar en la materia. Esperamos que la muestra sea suficientemente representativa como para que las conclusiones sean plausiblemente generalizables para el caso argentino.

Un par de aclaraciones previas se imponen. Al señalar la falta de crítica histórica entre los penalistas, no pretendemos sugerir aquí que el campo de los estudios de derecho penal haya sido impermeable a cualquier clase de discurso crítico. No es nuestro propósito referirnos al impacto que tuvieron los enfoques sociológicos vinculados con la llamada “criminología crítica”, así como las alternativas minimalistas o abolicionistas que dieron lugar a una intensa discusión en el campo de los “estudios penales” (Zaffaroni, [1989] 2003). Incluso ha de señalarse que algunas obras de tenor histórico, como las generadas a partir de los trabajos de Foucault sobre cuestiones vinculadas a la justicia y el castigo, no dejaron de resonar al menos en un sector de la manualística. Lo que nos interesa destacar es que, aun en aquellas obras que se han mostrado sensibles a estas críticas, las caracterizaciones históricas referidas a los contextos pre-contemporáneos responden todavía, en buena medida, a los sesgos con que fueron concebidas por la literatura tradicional precedente.

La segunda aclaración se refiere al hecho de que dentro del campo de obras básicas de la enseñanza jurídico penal habremos de considerar incluidas aquellas que pertenecen al derecho procesal penal. Entendemos que ello es necesario no sólo porque ambas disciplinas operan como

⁵ Para nuestro contexto, véase Cesano (2011).

saberes concurrentes que integran la llamada “ciencia global” del derecho penal (Roxin, 1997, p. 44), sino porque, además, existe una notable correspondencia entre los rasgos y perspectivas que se han privilegiado a la hora de exponer los capítulos históricos, más allá de algunas disidencias en la valoración de los aspectos destacados de cada época. Quizás la razón fundamental que explique esta concurrencia, junto con las influencias compartidas, las contingencias curriculares y los debates en torno a las respectivas autonomías disciplinares, tenga que ver con el hecho de que tal separación entre normas formales y sustanciales – que sustenta la división disciplinar – no fue operativa en el contexto previo a la experiencia jurídica contemporánea. En cuanto nos remontamos hacia los tiempos pre-contemporáneos, nos alejamos progresivamente de una concepción del derecho basada en la centralidad de las normas (derecho *sub specie legis*), para adentrarnos en un horizonte en el que la experiencia jurídica en su totalidad aparecía constituida y orientada en torno a la función de “hacer justicia” (Lacchè y Meccarelli, 2012, p. 7).⁶

Esta última advertencia proporciona un adecuado indicador para introducir el problema de la alteridad entre pasado y presente, con todas sus posibles consecuencias en la composición de una narrativa histórico-jurídica. Es evidente que la teoría general del derecho penal sustantivo es fruto del programa ilustrado de finales del siglo XVIII, como también queda fuera de discusión el hecho de que la separación entre normas de fondo y de forma se introduce como criterio en los textos legales sólo a partir del siglo XIX (Zaffaroni, [1980] 1998, I, p. 13; Bacigalupo, 1999, p. 79; Maier, [1989] 1996, I, p. 145). La pacífica aceptación de estas constataciones no es, sin embargo, objeto de tematización, ni es advertida su relevancia como momento divisorio entre dos horizontes culturales que responden a diferentes cosmovisiones, a dos concepciones del derecho inconmensurables entre sí, sin cuya consideración la descripción de sus respectivas prácticas institucionales resulta distorsionada. De ahí que, obviando ese indicador de discontinuidad, tanto desde la enseñanza predominante en el derecho penal como de la del procesal penal, se recurre, en buena medida, a los mismos tópicos del pasado, buscando aquello que resulta *familiar* a una mirada actual sobre el castigo.

Son excepcionales los textos de enseñanza que procuran escapar de esa clásica perspectiva continuista basada en la idea de un progreso lineal en el que la historia del derecho penal es relatada como

⁶ Proyectando esta distinción al tipo de fuentes, algunos estudios antropológicos hablan de esquemas “rule-centered” o “processual-centered”, como enfoques alternativos, no necesariamente opuestos. Véase Roberts, 1983, pp. 3-6.

“(…) un bucólico cuento del progreso humanitario, que partiría de penas ilimitadas (venganza privada) seguiría con penas limitadas (venganza pública), pasando a otras más limitadas (humanización) para culminar en la etapa actual a la que el analista histórico intenta presentar como el momento más avanzado de la evolución” (Zaffaroni, Alagia y Slokar, [2005] 2007 pp. 165-166).

La obra de la que tomamos estas palabras, exhibe así un intento de desmarcarse explícitamente del relato evolutivo clásico, sin embargo, como procuraremos mostrar más adelante, no logra romper completamente con las consecuencias derivadas de una noción latente de continuidad. Pero antes de abordar este caso específico, y antes de adentrarnos en la crítica histórica, es importante repasar, aunque sea brevemente, el modo en el que la historia se introduce en el tipo de literatura que estamos considerando.

Dejando de lado algunas técnicas de enunciación muy habituales en el discurso de juristas que, como el perdurable hábito de expresar en latín los principios fundamentales, buscan transmitir un sentido de densidad histórica, podemos distinguir dos vías, normalmente concurrentes, por las que se introduce la historia en la exposición del derecho penal. La más ostensible ha consistido en insertar, siempre después de haber conceptualizado la disciplina, con las características de su objeto y la relación con otras disciplinas, un capítulo, o parte de un capítulo, destinado a hacer una reseña histórica abarcando en ella desde los “tiempos primitivos” hasta las llamadas “escuelas” del derecho penal liberal, para dar cuenta del proceso de codificación en un apartado subsecuente. La segunda vía, más sutil pero no por ello menos efectiva, se manifiesta mediante breves invocaciones de carácter tópico utilizadas en la introducción de algún tema específico. Una alternativa, dentro de la primera forma, consiste en acotar el relato a la época contemporánea, manteniéndose las referencias a un pasado más remoto sólo a través de aquellas invocaciones tópicas.

A modo de conjetura, podría sugerirse que aquellas obras que se mueven con comodidad en un contexto dogmático consolidado, no exhiben la necesidad de llevar sus análisis históricos más allá del umbral marcado por los procesos de codificación y, en todo caso, prefieren centrarse en aquellas reflexiones históricas que explican los cambios en el campo del análisis dogmático.⁷ En esta línea, algunos autores entienden suficiente presentar, a lo sumo, un “esquema histórico de los fundamentos de las legislaciones penales modernas”, tomando como punto de partida la tradición iluminista (Bacigalupo, [1983] 1996, pp. 39 ss.; Bacigalupo, 1999, pp. 78 ss.). Esta perspectiva

⁷ Véase como ejemplo, Roxin, 1997, I, p. 111 y ss.

permitiría sortear todos los sesgos característicos de las narrativas referidas al Antiguo Régimen, si no fuera que:

a) no se advierte que la idea de “legislación” es inherentemente moderna (en tanto que remite a una concepción del derecho entendido como sistema de reglas que es ajena al horizonte pre-moderno)

b) como consecuencia, esa estrategia no evita los sesgos que queremos evidenciar, en tanto asume de modo acrítico el relato ilustrado en términos de progresiva humanización, presentándola, sin más, como el “momento de superación de la tradición penal medieval” (Bacigalupo, 1999, p. 80).

Con estas consideraciones, por breve que sea el excursus histórico, ya aparece determinado por un uso dinámico del pasado en el que la experiencia pre-liberal opera de modo tácito como referencia a un horizonte “superado”. Pero incluso cuando se prescinde de ese punto de partida y sólo se incluye como apartado histórico una relación legislativa de los procesos de codificación, aquella imagen, igualmente tácita, se suele filtrar en referencias tópicas que evidencian la asunción de ciertos rasgos consagrados por las narrativas continuistas tradicionales. Así lo hace, por ejemplo, Roxin (1997), cuando en su *Derecho Penal*, aborda el tema relativo a las teorías sobre el “fin de la pena”, asumiendo, sin matices, que el fundamento retribucionista describe el “desarrollo de la pena de forma absolutamente correcta también desde el punto de vista histórico” (p. 82), como un estándar que proviene de la antigüedad y atraviesa el momento ilustrado, de tal modo que las prácticas de talión y la obsesión kantiana sobre la necesidad de cumplir con la ley penal -por imperativo categórico- en cualquier contexto que fuera, resultan extrañamente emparentados. Algo similar ocurre con la teoría de la prevención especial, ilustrada con un ejemplo clásico y otro del siglo XVIII, sin reparar en la distancia de los respectivos contextos (p. 85).

Como veremos más en detalle, el problema de este extraño emparejamiento no es tanto que se ignoren los múltiples mecanismos que en la cultura premoderna relativizaban el castigo penal, sino que se neutraliza por completo el carácter fundacional de las teorías ilustradas que se orientaron, con diversa justificación, a potenciar radicalmente la efectividad de leyes penales (Hespanha, 1993, pp. 203 ss.). Sintomáticamente, las referencias tópicas a la historia que van más allá del horizonte contemporáneo parecen producirse sólo en aquellos temas que tensionan el razonamiento dogmático o que requieren de una legitimación particularmente fuerte, tales como las

mencionadas teorías sobre el fin de la pena, el principio de legalidad, la teoría del consentimiento o el problema de la legítima defensa (Roxin, 1997, pp. 80-82, 141, 511, 610 respectivamente).

Atendiendo a los tratados y manuales de referencia utilizados en Córdoba, y en buena parte de Argentina, siempre salvando posibles excepciones, vemos que exhiben, por el contrario, la forma clásica de introducir una sección histórica que contiene ingredientes que calificaremos aquí como “pre-contemporáneos” (pre-modernos, o pre-liberales), presentando una narrativa que se remota a “tiempos primitivos” o, al menos, a la antigüedad clásica, como punto de partida. Esta opción predominante, reproduce en buena medida las bases sentadas por la literatura europea que sirvió de inspiración a los referentes fundacionales de la dogmática penal en Argentina: Sebastián Soler y Ricardo Núñez.⁸ Junto a la impronta marcada por estos autores en la tratadística posterior, cabe considerar también el coetáneo impacto de Vélez Mariconde en el campo del derecho procesal penal.⁹ Es posible sugerir que la dedicación que mostraron estos autores, especialmente Soler y Vélez Mariconde, en sus obras de exposición general, no se explique sólo en función de los todavía por entonces estrechos compromisos entre historia y análisis jurídico, sino también en virtud del hecho de que ambos, cada uno a su modo, desafiaron un determinado *status quo* precedente, ya fuera en la lucha conjunta que asumieron para reformar el procedimiento penal en Córdoba, ya en el ámbito académico para contrarrestar el auge del positivismo criminológico.

Vélez Mariconde y Sebastián Soler impulsaron en Córdoba, hacia finales de la década de 1930, la sanción del que sería considerado el primer código procesal penal “moderno” de Argentina (Mariconde y Soler, 1938). Vale la pena indicar que, precisamente, el *Derecho Procesal Penal* de Vélez Mariconde (1956, 1969, 1982), es un raro ejemplo en el que la Historia aparece como primer título de la obra (o bien, como título que encabeza toda la Primera Parte del tomo I)¹⁰. Se trata, no obstante, de una historia “pre-ordenada”, en tanto que toda la narrativa está orientada por la convicción de que el “desarrollo histórico del proceso penal pone de manifiesto tres sistemas de singulares características: acusatorio, inquisitivo y mixto” (Vélez Mariconde [1956; 1969] 1982, I, p.

⁸ Sobre el papel de estos autores, junto con la figura de Fontán Balestra, en la consolidación de la dogmática penal en Argentina, véase Zaffaroni y Croxato, (2014), p. 200.

⁹ Especialmente enjundioso en aspectos históricos en su *Derecho Procesal Penal*, cuya primera edición data de 1956.

¹⁰ Publicada en 1956 como “Estudios de Derecho Procesal Penal” y en 1969 como “Derecho Procesal Penal”, fue objeto de una 3ª edición actualizada por Manuel Ayán y José I. Cafferata Nores en 1982. El tomo I consta de dos partes: “I-Historia” y “II-Política Procesal”.

19). En ese esquema, inspirado en clásicos italianos como Carrara y Lucchini¹¹, se encierra un ciclo de evolución del proceso penal que “demuestra esa eterna lucha entre los intereses de la sociedad y del individuo, que aquél debe tutelar, lo mismo que la íntima conexión que existe entre el derecho político y el procesal penal” (Vélez Mariconde [1956; 1969] 1982, I, p. 15-16). El propósito de su dedicación histórica se orientaba así a trazar un panorama integral que, comenzando por el derecho griego, pasando por el romano y el antiguo derecho español, permitiese valorar los sistemas procesales vigentes para demostrar cómo las leyes procesales argentinas de su época sostenían, todavía, instituciones “caducas y abandonadas por la doctrina moderna”, instituciones “propias de la Edad Media... tan antiguas como deleznales” (pp. 17-18).

En aquella secuencia, cada sistema procesal obedecía a una concepción del Estado que lo coloca en lugar secundario en el acusatorio, lo absolutiza en el inquisitivo y lo presenta como un equilibrio entre ambos extremos en el mixto (Vélez Mariconde [1956; 1969] 1982, I, pp. 20-21). Cada modelo se forma con determinados rasgos de cada época histórica. La oralidad, el carácter popular, contradictorio y el “exagerado” protagonismo del particular ofendido, se toman de momentos del derecho griego, de la república romana, de la experiencia germánica y de los fueros medievales. Ya en el derecho romano se ven ciertos indicios de “evolución” en la distinción entre delitos públicos y privados, aunque allí se encuentran también los “gérmenes” del modelo inquisitivo. Éste tiene su inicio con el “despotismo imperial” romano y se consagra en el bajo medioevo con el derecho canónico, capaz de conjugar una dosis de racionalidad - evidenciada en el abandono de las ordalías y en la vinculación del juez a las pruebas-, con el autoritarismo que concentra toda la jurisdicción en el rey, que recurre al tormento, que abandona el contradictorio y termina por negar cualquier posibilidad de defensa. El ciclo se cierra con las críticas de la Ilustración que, en nombre de la razón y el derecho natural, recuperan el respeto a los derechos del individuo tomando como modelos a la república romana y a Inglaterra -“que se salvó de la Inquisición”- (pp. 24-136). Este esquema, que mostraba esa correlación entre los regímenes políticos y los sistemas de enjuiciamiento penal, permitía corroborar la “desgraciada excepción” que significaba la disparidad que se daba entre el orden político impuesto por la Constitución argentina y los códigos procesales vigentes por entonces (p. 93, nota 2).

¹¹ El esquema “histórico típico”, aparece presentado por Lucchini, ([1899]1905), cap. VI, p. 31 ss., obra a la que remite Vélez en nota a pie, junto con la referencia al célebre *Programma* de Carrara ([1859] 1867), que todavía incluía parte procesal en la sección tercera de su Parte general, con reflexiones sobre el origen histórico del juicio penal en § 796 a 806 y el esquema tripartito en § 841 a 860.

En el campo sustantivo, Sebastián Soler había publicado unos años antes su Derecho Penal Argentino, presentándolo como fruto de un esfuerzo por desafiar el “franco predominio de la orientación positivista” que, según sus palabras, se experimentaba entonces en el ámbito académico argentino.¹² En la primera edición de 1940, Soler achacaba a ese predominio positivista el clima crítico que había afectado el prestigio de la ley como algo cualitativamente diferente de la doctrina. Expresaba así, en el prólogo, que entre las razones que lo habían llevado a emprender la redacción de su tratado, debía considerarse la finalidad de fomentar el sentimiento de respeto hacia la ley, algo que para la edición de los años sesenta vería como un objetivo alcanzado, asumiendo que su obra había constituido “el primer intento de reconstrucción dogmática del Código Penal” argentino. Su propósito había sido, además, que “la construcción dogmática” no fuera confundida con “apreciaciones extranormativas”, con “opiniones personales” o “con teorías derogatorias de la ley”.¹³ Ese programa de reforzar la ley mediante la dogmática, requería todavía entonces un amplio espacio dedicado a ofrecer una “Reseña histórica de la evolución del derecho penal” que, como segunda sección - luego de una “Introducción” donde habían quedado fijado los aspectos conceptuales-, trazaba un largo recorrido desde el pensamiento primitivo y las prohibiciones tabú, hasta el “derecho penal argentino histórico” (Soler, [1940] 1992, pp. 62-133).

La sección histórica venía a respaldar, a su vez, algunas invocaciones tópicas que ya desde la introducción conceptual prefiguraban la línea evolutiva, como cuando al referirse al carácter de regulador de actos externos del derecho penal, recordaba que pese a algunas referencias históricas que hacían mención a este punto, no había sido sino con la Ilustración que este principio se había consolidado en oposición a las “veleidades de príncipes tiránicos, la funesta confusión del delito con el pecado y la idea de tutelar un credo mediante sanciones penales” (Soler, [1940] 1992, p. 18). Del mismo modo, al introducir como rasgo conceptual el carácter público del derecho penal, recordaba el contraste con los extensos poderes del *paterfamilias* y otras “formas privadas de represión” de las cuales la historia daba referencias (p. 17). Esta adhesión al paradigma evolutivo de la civilización entendida como expresión de la cultura europea¹⁴, no le impedía a Soler detectar alteridades y señalar reparos con respecto a los juicios críticos sobre aspectos descontextualizados del pasado. Así, por ejemplo, llegaba a poner en tela de juicio la plausibilidad de las construcciones que

¹² Sobre el contexto intelectual y el significado de la obra de Soler, véase Cesano (2011), cap. 2, pp. 57-86.

¹³ Soler, ([1940] 1992), *Prólogos a la primera edición de la parte general (1940), Prólogo a la segunda y tercera ediciones (1963)*, pp. V – X.

¹⁴ “Europeo o civilizado” aparece como disyunción incluyente en p. 98.

identificaban en la venganza el “origen de la penalidad”, considerando que ese punto de vista implicaba atribuir al “hombre salvaje, y aun al bárbaro, los mismos sentimientos y modos de pensar nuestros” (p. 62). Esa percepción de la alteridad le servía también para relativizar otros aspectos históricos (como los deméritos sistemáticamente atribuidos por la doctrina a las leyes visigodas), reclamando que para entender y poder juzgar los documentos del pasado, éstos debían ser “históricamente situados” (p. 91).¹⁵ .

De todas formas, aun con esa sensibilidad histórico-antropológica, producto de su amplia formación en el campo de la ciencias sociales, no podía evitar un reconocimiento de la alteridad propio del uso dinámico del pasado, en tanto que su discurso estaba inmerso en un paradigma evolutivo que se le hacía evidente en las progresivas transformaciones que mostraba la historia (la individualización y limitación de la venganza, el carácter público del castigo, la humanización de las penas, etc.).¹⁶ Al igual que el esquema histórico procesal, la trayectoria del campo sustantivo también respondía para Soler ([1940] 1992) a “las vicisitudes del derecho público” (p. 77). Podía discrepar en algunos aspectos, apreciar más el valor del carácter público-estatal de la penalidad y mirar con desconfianza el supuesto privatismo germánico. Pero, más allá de sus recaudos de tenor relativista, se mostraba, a la postre, como un convencido defensor del “proceso de humanización del derecho” experimentado en los “últimos doscientos años”, que no debía confundirse con un “progresismo ingenuo” (p. 46).¹⁷ De ahí el alto valor que concedía a la historia, en tanto que el propio derecho y los códigos modernos, eran reflejo de “experiencia y sabiduría acumulada” (Soler, 1956, p. 154).¹⁸ No es el caso criticar aquí la convicción que mostraban estos autores con respecto a la

¹⁵ Incluso advertía los posibles sesgos con respecto a la información ofrecida por los cronistas españoles por su falta de conocimiento sobre la “psicología del alma primitiva” (Soler, [1940] 1992, p. 95, nota 2).

¹⁶ Esos rasgos respondían a un patrón universal que lo llevaba, por ejemplo, a sostener que el derecho penal incaico respondía a un elevado estado de evolución en la medida en que (agreguemos nosotros, al igual que el occidental) presentaba un “*carácter exclusivamente público*” (Soler, [1940] 1992, p. 106).

¹⁷ En una expresión agregada en la edición que manejamos, y que remite al libro del mismo autor *Fe en el Derecho y otros ensayos*, sostiene: “...el reconocimiento de la humanización experimentada por el derecho en estos últimos doscientos años no es la expresión de un ingenuo progresismo. La casi total desaparición de la esclavitud, de la legalidad del proceso por *questiones* (torturas); la distinción firmemente trazada entre delito y pecado; la casi desaparecida penalidad por opiniones; la reforma penitenciaria; todo ello constituye un proceso cuya realización se cumple ante nuestros propios ojos. Y entiéndase bien, no somos ciegos que no queremos ver que en la realidad haya aún torturas y abusos; sí existen; pero véase esta diferencia ya lograda: sólo existen hoy autoridades que las consientan; pero no leyes...” (Soler, [1940] 1992, p. 46).

¹⁸ Esa misma lección había seguido Vélez Mariconde, tomada expresamente de Soler, en Vélez Mariconde, ([1956; 1969] 1982), I, p.17.

evolución del derecho. Lo que nos interesa destacar es cómo aquella narrativa evolutiva se consolidó en buena parte de los tratados y manuales que siguieron.

Junto a Soler y Vélez Mariconde, la figura de Ricardo Núñez marcó una fuerte impronta en la consolidación de la dogmática penal en Argentina y tanto su Tratado como su Manual, fueron referencia casi excluyente en la enseñanza jurídico penal en Córdoba, y buena parte de Argentina, hasta años no muy lejanos. En su Tratado, Núñez ([1960] 1987) reduce la sección propiamente histórica a un primer título dentro del apartado III, destinado al Derecho Penal Argentino; dicho primer título está dedicado al “Desenvolvimiento legislativo” y se enfoca en la descripción del proceso de codificación argentino. Sin embargo, en el apartado anterior, introduce la serie de tópicos evolutivos que jalonan la trayectoria desde el derecho penal primitivo hasta el contemporáneo, haciéndolo no ya bajo un lema que anuncie un contenido histórico sino como parte del tratamiento teórico de la caracterización del “Derecho Penal Común”, de suerte que los momentos históricos se reflejan en categorías relativas a las “Finalidades prácticas del derecho penal”. Allí se enuncia el postulado evolutivo según el cual el Derecho Penal, antes de llegar a ser el sistema de principios expuestos por la doctrina, “se desarrolló en etapas progresivas que, persiguiendo distintas finalidades prácticas, alcanzaron el punto más alto en su manifestación legislativa codificada” (I, pp. 42 y ss.).¹⁹ En esas finalidades prácticas del derecho penal, aparecen consecutivamente “la venganza y sus limitaciones”, la “venganza de la divinidad”, la “venganza del poder absoluto”, para dar lugar después al advenimiento del “derecho penal liberal” cuyo desarrollo sería “interrumpido” por las concepciones autoritarias del Estado en el caso de la Alemania Nazi y de la Unión Soviética, retomándose parcialmente la senda liberal tras la segunda guerra mundial (pp. 42-52).

Sin perjuicio de que otras invocaciones tópicas de carácter histórico aparecieran a la luz del tratamiento de los fundamentos políticos del derecho penal (Núñez, [1960] 1987, p. 93, 107), el diseño evolutivo se introduce bajo el aspecto de marco teórico, tomando a la venganza como denominador común y a los sujetos/objetos vengados como los determinantes de los diversos estadios. A pesar de esta discrepancia con Soler, tanto en los postulados como en el método de exposición, el dibujo progresivo subyacente y su punto de llegada (marcado por la humanización ilustrada) eran los mismos. Sin abandonar la línea evolutiva, Núñez ofrecerá una forma distinta de exponer los momentos históricos en su ampliamente difundido Manual de Derecho Penal, publicado

¹⁹ Véase en p. 64 y ss. la parte propiamente histórica del derecho penal argentino.

en 1972 y sucesivamente reeditado y actualizado hasta 2009. Aquí la historia pre-contemporánea entra en el último epígrafe del primer capítulo, bajo el lema “Fuentes del derecho penal actual”. La historia se toma expresamente en función de sus “aportes al derecho ulterior”, asumiéndose que las instituciones penales modernas “tienen en no poca medida su fuente en el derecho romano, germánico y canónico” (Núñez, [1972] 2009, pp. 24 y ss.). Más allá de la problemática noción de “fuente” del derecho, la referida secuencia histórica responde a los tradicionales momentos “modélicos” de la evolución jurídica, presentados ya de manera muy esquemática. El capítulo segundo, dedicado a la “Evolución del Derecho Penal Argentino”, aborda la cronología de leyes desde 1810 hasta las últimas reformas del Código (pp. 34-42). La historia del pensamiento penal contemporáneo no se presenta como análisis histórico, sino como clasificación de “escuelas penales” en el capítulo IV (pp. 52 y ss.).

Si Núñez había optado por acotar las referencias al derecho penal pre-ilustrado a unas pocas páginas dedicadas a la secuencia romano-germánico-canónica, Fontán Balestra, otro de los pioneros de la dogmática penal argentina, presentaría un esquema más cercano al utilizado por Soler en la composición de su “Derecho penal – Introducción y parte general”, cuyas primeras ediciones datan de comienzos de la década de 1950, con actualizaciones hasta 2002, de gran proyección en la enseñanza universitaria. Como cuarto epígrafe de la sección introductoria, después de las caracterizaciones generales de la materia, introduce una “Reseña histórica del derecho penal” donde aborda la época primitiva, la Edad Antigua (con referencias al derecho hebreo y al romano), la Edad Media (con sus momentos, germánico, canónico, glosadores y prácticos, derecho hispánico), la Edad Moderna (donde aparecen la recepción en Alemania, La Carolina y las Ordenanzas de Policía imperiales, y el Humanismo), para concluir con las escuelas penales (clásica, positiva, neopositivismo, intermedias, correccionalistas, el tecnicismo jurídico: la dogmática). Luego, en el siguiente epígrafe, expone una “síntesis del desenvolvimiento legislativo argentino”, que comienza con la época colonial y concluye con la codificación (Fontán Balestra, [1953] 1998, pp. 39-79).

Fontán Balestra ([1953] 1998), como Soler, exhibe una sensibilidad histórica que se evidencia en la forma de composición (responde a épocas de la historia y no a esquemas típicos), bajo similares patrones que funcionan como indicadores de la línea evolutiva. También mostrará aquella prudencia basada en un reconocimiento dinámico de la alteridad, mediante una advertencia con la que se inicia el derrotero histórico:

“Es erróneo -nos dice- un punto de partida que pretenda entender los hechos sociales primitivos mediante una concepción racional, puesto que, mientras nosotros explicamos todos los fenómenos mediante el conocimiento de las leyes constantes de la Naturaleza, la mente primitiva desconoce totalmente la relación causal” (p.39).

Tratando de evitar juicios negativos, procura describir con cierta distancia los elementos que cada época habría aportado en la secuencia de transformación progresiva hasta el momento culminante que representa la obra de Beccaria como inicio del definitivo “proceso de evolución jurídica del Derecho Penal” que sería llevado a su máxima expresión con el Programa de Carrara de 1859 (Fontán Balestra, [1953] 1998, p 53).

Con leves variantes, y con alguna excepción, el esquema evolutivo se ha conservado en la literatura didáctica más difundida de finales del siglo XX. El Derecho Penal de Carlos Creus, muy utilizado como manual desde finales de los 80 de ese siglo, con sucesivas ediciones hasta 2011, introduce como capítulo segundo (después de haber ofrecido el concepto y caracteres de la materia en el primero) la clásica “Evolución del Derecho Penal”, cuya narrativa no se estructura por épocas sino por las “grandes direcciones” que han guiado esa evolución. Para el autor, el contenido de la parte histórica en este tipo de obra debe limitarse a exponer el sentido de esas tendencias:

“Todo lo que se puede hacer es delinear las grandes direcciones que se advierten en la evolución desde un derecho penal que podemos catalogar como privado hacia un derecho penal de carácter público; desde el reconocimiento de una responsabilidad colectiva y objetiva hacia una responsabilidad individual y subjetiva; desde un derecho de arbitrio judicial irrestricto hacia un sistema de legalidad” (Creus, [1988] 1992, p. 29).

A manera de decantación de los diversos recorridos históricos transmitidos en las obras precedentes, se presenta esta síntesis que rescata los tópicos centrales sobre los que ha girado, en general, la historia en el derecho penal.

En función de ese planteamiento, la sección que Creus ([1988] 1992) dedica a un horizonte que abarca desde las formas “prehistóricas” de penalidad hasta el orden jurídico de las monarquías de la Edad Moderna, se agrupa bajo el lema “Camino hacia la pena pública e individual”, mientras que el que expone para dar cuenta del proceso que conduce de las reformas ilustradas hasta la codificación, pasando por la llamada “escuela clásica”, es presentado como “Camino hacia el principio de legalidad y responsabilidad” (pp. 29-33 y 33-34). El análisis sigue con momentos que parecen escapar a la armonía de aquellas direcciones tendenciales, pero que ya pertenecen al

contexto contemporáneo²⁰, para culminar con dos epígrafes destinados a las ideas penales argentinas y a la historia de la legislación penal, comenzando este último, con buen criterio a nuestro juicio, con el primer proyecto de codificación (pp. 42-48). Pese a lo ambicioso que pueda sonar el espectro temático, el registro manualístico impone un tratamiento muy superficial, de tal suerte que todo el contenido descrito se agota en unas escasas 18 páginas, no muy diferente en este aspecto a lo que ofrecía el, por entonces omnipresente, Manual de Ricardo Núñez.

En años más recientes, un grupo de profesores de derecho penal de la Universidad Nacional de Córdoba, bajo la dirección del catedrático Carlos Lascano (h), publicó unas “Lecciones de Derecho Penal”, procurando actualizar el contenido de la enseñanza no sólo en función de los cambios de legislación sino también de las nuevas perspectivas teóricas. Algunas referencias tópicas a la clásica meta-historia de la evolución penal aparecen en la primera Lección dedicada a los “conceptos fundamentales del derecho penal”. Como lo hiciera Núñez con el tema de las “finalidades prácticas”, Lascano (2005) remite a arquetipos históricos que fungen como categorías respecto a las “funciones del derecho penal” en tanto que éstas varían en función “del modelo de Estado” –según razonamiento compartido por casi toda la literatura que hemos venido analizando²¹-. A su vez, la lección III, titulada “Evolución histórica de las ideas penales”, se abre con una advertencia muy similar a la de Creus respecto a los límites de una exposición orientada simplemente a “trazar las grandes direcciones en la evolución desde un derecho penal de carácter religioso a otro de carácter laico, desde uno de índole privada a otro público, desde la responsabilidad colectiva y objetiva hasta la admisión de una responsabilidad individual y subjetiva, y desde una punición basada en el arbitrio judicial ilimitado hasta un sistema de legalidad en la represión”. Los contenidos referidos momentos pre-contemporáneos se agotan en cuatro páginas, siguiendo el esquema de Núñez (romano – germánico – canónico) para pasar a la “denominada Escuela Clásica y sus predecesores”, donde todavía hay espacio para una breve alusión al derecho penal de la recepción y del absolutismo antes de abordar las reformas ilustradas, y la posterior

²⁰ “Acentuación del defensismo social” (positivismo, escuelas intermedias), “Del positivismo a una interpretación política del derecho penal (la dogmática, el regreso al desconocimiento del principio de legalidad, fascismo, nazismo, derecho soviético, la sociología crítica y lo que llama corrientes “políticas” en derecho penal), (pp. 35-42).

²¹ De esta forma se combinan el Estado teocrático con la función retributiva, la monarquía absoluta con la prevención general ilimitada, el Estado liberal clásico con los límites al poder meramente formales, el estado social con un modelo de defensa social y prevención especial y el estado social y democrático, que viene a significar un “Estado de derecho real, no formal” en el que la dignidad del individuo humano establece los límites propios de una concepción garantista de los derechos fundamentales (Lascano, 2005, pp. 17-18).

secuencia de escuelas contemporáneas, hasta la actualidad. Los aspectos de historia de la legislación argentina se exponen en el último epígrafe de la siguiente Lección (Derecho penal y Constitucional), comenzando por el proyecto Tejedor (Lascano, 2005, pp. 69-99 y 129-139).

b. Nuevas expresiones, mismas dificultades: evolución y continuismo

No parece controvertido sostener que desde las obras fundacionales de la dogmática hasta los últimos manuales, las claves del esquema evolutivo se han mantenido, reduciéndose, en todo caso, el espacio destinado a las experiencias pre-contemporáneas, enunciadas en relatos cada vez más esquemáticos y acotados. Cabría exceptuar de esta descripción general a dos autores que, desde la década de los 80, tanto en el campo procesal como sustantivo penal, dedicaron un considerable espacio a temas históricos en obras de alto impacto en la enseñanza universitaria. Nos referimos, por un lado, a las obras de carácter expositivo general de Eugenio Zaffaroni y colaboradores, y a las de Julio Maier, particularmente su Derecho Procesal Penal.²² Si ambos casos pueden equipararse en cuanto al empeño puesto en la exposición de aspectos históricos, divergen con respecto a la perspectiva meta-histórica que sostienen. Mientras Zaffaroni se hace eco de la discusión epistemológica que puso en crisis la pretensión de un avance lineal y progresivo, renunciando a “descubrir leyes” en el particular proceso histórico penal, Maier retoma buena parte del esquema clásico, siguiendo parcialmente los lineamientos trazados por Vélez Mariconde, para insistir en la correlación entre modelos procesales y regímenes políticos. Más allá de la señalada divergencia, resulta significativo que esa mayor dedicación a la historia en obras relativamente recientes y de actual vigencia en la academia, provenga de autores que, o bien han interpelado los alcances del saber jurídico penal ofrecido por la tradición dogmática (Zaffaroni et al.), o bien han buscado reflejar la lucha por la reforma del proceso penal (Maier).

Con el regreso a la democracia a mediados de los 80, se proyectó una reforma procesal penal para la justicia nacional. En ese contexto, Julio Maier, uno de los mentores intelectuales de la reforma, retomó parte de los argumentos usados medio siglo atrás por Vélez Mariconde con respecto al papel de la historia como criterio para evaluar la caducidad de las leyes procesales vigentes. No obstante algunas discrepancias derivadas de su mayor inclinación hacia el modelo acusatorio, su mayor compromiso con el juicio por jurados, su diversa valoración del carácter

²² Zaffaroni ([1980] 1998); Zaffaroni, Alagia y Slokar, ([2000] 2002) y ([2005] 2007); Maier, ([1989] 1996).

"público" del proceso penal (y la consecuente crítica hacia los momentos históricos identificados con el monopolio público de la persecución penal, otrora vistos como hitos evolutivos), también para Maier ([1989] 1996), la historia del proceso responde a un patrón meta-histórico que relaciona modelos de enjuiciamiento con formas de gobierno de tal suerte que el análisis histórico podía demostrar el desfasaje que se daba entre el procedimiento penal de la Nación y la forma republicana de gobierno. Su esfuerzo histórico estaba, como el de Vélez, destinado en buena medida a "verificar el atraso cultural que nos distinguía pese al esfuerzo de unos pocos por revertir la situación, que aún perdura parcialmente" (I, p. 261). A tal fin, dedica un extenso segundo capítulo (después de un primer acápite de caracterización conceptual) a analizar la inserción del proceso penal en la historia política titulado "El derecho penal como fenómeno cultural".

Sin perjuicio de otras referencias históricas de carácter tópico que invoca para sustentar algunos aspectos teóricos (i.e., para justificar la función de "protección personal" del DPP) (I, p.89), en su capítulo histórico Maier ([1989] 1996) despliega una narrativa que, a diferencia de Vélez, no busca rastrear el origen de elementos acusatorios e inquisitivos en la secuencia histórica de las diversas épocas; en lugar de ello, advierte que no seguirá un orden estrictamente cronológico, sino un método orientado a presentar "los principales sistemas de realización penal que el hombre ha concebido conforme a sus necesidades políticas" (I, p. 263). Acepta que la idea de encontrar una "evolución en el devenir histórico" ha sido objeto de críticas, no obstante asume que, como elemento común en la historia del proceso penal, se puede advertir la "continua búsqueda de limitaciones al poder penal ejercido arbitrariamente por el hombre individual, o por él como representante comunitario, a medida que ese arbitrio emergía como socialmente intolerable". Este rasgo valdría como hilo conductor tanto del derecho procesal penal como del derecho penal en la medida en que aquellas limitaciones "además de referirse al *por qué* y al *cuánto* de la reacción penal (Derecho penal), abarcan también el *cómo* de su realización efectiva (Derecho procesal penal y Derecho de la ejecución penal)" (I, p. 263).

Bajo esas premisas, Maier ([1989] 1996) analiza primero el "derecho germano", partiendo del derecho primitivo hasta el momento de "la recepción", como horizonte donde predominan los rasgos del modelo acusatorio (carácter privado de la acusación, oralidad, publicidad etc.). Luego introduce el sistema acusatorio popular que predominó en los derechos griegos y romanos, aunque no deja de hacer notar, en tono evolutivo, que el "derecho griego superó la concepción privada del

delito" (I, p.269), al tiempo que también asume, citando a Vélez Mariconce, que en la *cognitio extraordinaria romana* - que sienta las bases del sistema que llegará "hasta nuestros días" - se encontraba "el germen de la Inquisición" (I, p. 286). Justamente, el término Inquisición, le sirve para englobar toda la experiencia bajomedieval y moderna, en función de un sistema de enjuiciamiento propio de un momento político que se arraigó desde el siglo XIII y comenzó a decaer en el XVIII, dejando profundas huellas en el XIX (I, p. 288). Los rasgos institucionales que dan unidad a ese largo arco temporal son los que tradicionalmente se atribuyen a la experiencia procesal romano-canónica: monopolio de la jurisdicción real en detrimento de jurisdicciones señoriales y locales; la búsqueda de la verdad como finalidad y racionalización en las formas de prueba; exclusión del particular ofendido y oficialidad de la persecución; triunfo de la escritura e imposición del secreto; uso de la tortura para obtener la confesión; limitación en la valoración de la prueba (método de prueba legal) y recurso de apelación como devolución centralizadora (I, pp. 293-300).

Tras esa caracterización general, Maier ([1989] 1996) expone las particulares experiencias dominadas por modelo inquisitivo (España, Alemania, Francia, Italia, la América hispana) para pasar después a la "reforma del sistema inquisitivo", tomando la crítica ilustrada del siglo XVIII como punto de inflexión, para continuar con el derrotero reformista europeo hasta el siglo XX. Bajo epígrafe separado, analiza el caso argentino, desde la independencia hasta las codificaciones del siglo XX y el intento de reforma a nivel nacional, para cerrar con un resumen en el que se retoman los elementos históricos a los fines de fundamentar el clásico esquema (acusatorio, inquisitivo, mixto) y resaltar, después, las novedades derivadas de la consolidación de los derechos humanos en el siglo XX, mostrando, una vez más, el cuadro de atraso de la legislación por entonces vigente en la mayoría de las provincias argentinas (I, pp. 334-468). Junto a las más de doscientas páginas dedicadas a la "inserción" del proceso penal en la "historia política", el autor recurre a la historia en el abordaje de diversos aspectos teóricos, tanto en el primer capítulo, según vimos, como en el tratamiento de la relación entre el derecho procesal penal con el derecho constitucional y en el análisis de los principios políticos que informan (o deberían informar) el derecho procesal penal argentino (I, p. 811 ss.).

La relación entre el peso de la argumentación histórica y el espíritu crítico reformista aparece de un modo expreso, como ha quedado dicho, en la obra de Maier. Su propósito, sin embargo, le lleva a adoptar un modo dinámico que sitúa su narrativa en los términos evolutivos característicos de

la historiografía jurídica tradicional, pese a las críticas que el propio autor admite en torno a ese modo de leer la historia. El producto resultante es un relato histórico que no sólo reproduce la visión liberal con su clásica interpretación teleológica del cambio histórico, sino que en algunos aspectos aparece tan forzado para responder a los modelos que, por ejemplo, un combate medieval y un debate contradictorio parecen presentarse como fenómenos equiparables o equivalentes.²³

Quizás también las notables páginas históricas que dedican Zaffaroni, Alagia y Slokar en el más reciente *Manual de Derecho Penal – Parte General* (2005), guarden relación con el propósito renovador que ya se había anunciado con la publicación de su *Derecho Penal – Parte General* (2000), en cuyo prefacio Zaffaroni explicaba que se trataba de una obra totalmente nueva, destinada no sólo a reemplazar el “*Tratado*” de los años 80, sino también a profundizar en los lineamientos críticos marcados por su emblemático libro *En busca de las penas perdidas* (1989).²⁴ Debido al giro que representa la última versión del Manual, nos centraremos en él principalmente, en tanto que el abordaje histórico presenta escasas variantes con respecto a la Parte General de 2000. No obstante, antes de entrar en ese análisis, creemos que merece la pena señalar algunos aspectos relativos al tratamiento de los contenidos históricos que el autor ofrecía en su *Tratado de Derecho Penal* originalmente publicado en 1980 (Zaffaroni, [1980] 1998).

Como primer aspecto destacable del *Tratado* cabe señalar que la historia se inserta bajo un marco de justificación epistemológica: esto es, a los fines de delimitar el objeto de la disciplina, con sendos capítulos, en el primer título de la obra, destinados a ofrecer un recorte de los sucesivos horizontes de proyección de la ciencia del derecho penal, uno de carácter general y otro relativo al caso argentino. En segundo lugar, como ya lo hemos referido, se impugna abiertamente la plausibilidad de las lecturas evolutivas, criticando la prevalencia tradicional, en el ámbito de los estudios de derecho penal, de las “filosofías de la historia penal” de carácter progresivo, con un explícito rechazo a la recurrente división basada en la secuencia “venganza privada, venganza pública, humanización y período actual...” (Zaffaroni, [1980] 1998, I, p. 319). Por otra parte, se advierte sobre la necesidad de diferenciar entre una historia de la legislación penal y una historia de

²³ Así, por ejemplo, entre las características del sistema acusatorio, extraídas del análisis de las experiencias históricas, se dice: “IV. El *procedimiento* consiste, en lo fundamental, en un *debate* (a veces un combate), *público, oral, continuo y contradictorio*...” (Maier, [1989] 1996, I, p. 445). Las cursivas son originales.

²⁴ Zaffaroni, ([1989] 2003). Esta obra tuvo un singular impacto en el debate académico sobre el problema de la deslegitimación del saber dogmático penal, sin embargo, no ha tenido el mismo efecto en la enseñanza por cuya razón queda fuera de nuestro análisis, sin perjuicio de alguna referencia puntual que podamos hacer a sus páginas.

las ideas penales, requiriendo éstas, según el autor, un tratamiento más detenido que permita rastrear directrices vigentes a pesar de su origen remoto. Por último, merece destacarse el hecho de que el análisis histórico del horizonte antiguo no se limita a la tradición jurídica occidental, sino que remite escenarios tan diversos como China, India, Japón, Corea, Siam, Egipto, etc., entroncando desde esa perspectiva el estudio de experiencias más familiares como la judeocristiana, o más cercanas, como las tradiciones inca y azteca (pp. 320-332).²⁵ El momento greco-romano merece un tratamiento diferenciado desde que viene considerado como el “punto de secularización de la legislación penal”. El relato aquí parece adoptar algunos rasgos de la lectura evolutiva que se ha rechazado al comienzo: “Con Grecia y Roma hacen su entrada la racionalidad de la reacción penal, es decir, que se mundaniza, se seculariza marcadamente la legislación penal”. La noción de una racionalidad universal que se va alcanzando por etapas es una de las bases de aquella lectura evolutiva, que parece confirmarse incluso cuando se admite que en aquel momento no se trató de un “logro definitivo” o que hubo luego un “juego de marchas y contramarchas” (p. 333).

Más allá de las dudas que pueda suscitar la afirmación sobre la laicización del derecho penal romano de la época de las XII tablas, aparecen otros rasgos de aquella evolución, como la irrupción del delito público, identificándose así como progreso aquello que responde a patrones contemporáneos.²⁶ Tal identificación se profundiza con una retroproyección estatalista (el interés exclusivo del Estado como fundamento del derecho penal romano), continuando luego con una serie de referencias propias de las lecturas evolutivas, como la asignación del carácter “individualista” (al menos para los hombres libres) al derecho germánico, la mención del efecto atenuador del cristianismo, la idea de confusión para calificar la relación entre delito y pecado, o entre derecho y teología, en el derrotero del derecho canónico, o la calificación como “positivista” -aun “salvando las distancias”- asignada a la tarea desarrollada por los prácticos y los glosadores.²⁷ Pese a todo, la enjundiosa sección histórica del Tratado muestra una sensibilidad diferente a la que se puede

²⁵ Sobre las dificultades casi insalvables que implica buscar un equivalente a la noción occidental de derecho en escenarios tan ajenos como la India, véase Srikantan (2014).

²⁶ Véase por ejemplo esta afirmación sobre la aparición de la noción de delito público en Roma: “Esta publicitación de delitos constituye un importante progreso, porque nos hallamos con tipos, penas y procesos regulados por ley, no obstante que aún se seguía complementando con la *coercitio* de los magistrados, los *delicta privata* y el castigo familiar.”, (Zaffaroni, [1980] 1998, I, p. 337).

²⁷ Para la caracterización del “Derecho penal medio y moderno”, incluyendo referencias al derecho árabe y español, Zaffaroni, ([1980] 1998), I, pp. 341-357.

percibir en obras contemporáneas de su mismo género, no sólo por su detallada extensión sino también por la profundidad de sus análisis.²⁸

El cambio de perspectiva con respecto al propio objeto de la disciplina adoptado por Zaffaroni junto a Alagia y Slokar, tanto en la nueva Parte General de 2000, como -con algunas variantes- en el nuevo Manual de 2005, ha tenido su repercusión en el modo de insertar e interpretar los contenidos históricos. Queda fuera del interés de este trabajo analizar los méritos del nuevo enfoque en el campo estrictamente penal. A los fines de nuestros propósitos, basta con señalar que, en el plano conceptual, la distinción entre derecho penal (entendido exclusivamente como saber jurídico) y poder punitivo (como coacción estatal ejercida por medio de un complejo de agencias ejecutivas), se erige en criterio central de la exposición de la materia, modificando la estructura teórica, la delimitación del objeto y, consecuentemente, el modo de enfocar los contenidos históricos. De hecho, la historia es invocada para solventar la posible objeción a la nueva conceptualización, introduciendo la necesidad de diferenciar entre:

“(…) a) derecho penal histórico, como proceso de conocimiento del saber jurídico referido al poder punitivo, con sus diferentes y sucesivos horizontes y objetivos políticos (¿Qué fue el derecho penal de la inquisición, del estado absoluto, de la Revolución Francesa, etc.? y b) la *definición del derecho penal actual*, como su momento contemporáneo y su propuesta de futuro inmediato” (Zaffaroni, et al., [2005] 2007, p. 26).

El giro crítico en el campo doctrinal se traduce en una reubicación de los argumentos históricos que, más allá de los capítulos específicos, atraviesan diversas secciones del texto, dando sustento, en diferentes tópicos, a la propuesta de reconstrucción teórica. Por otra parte, la distinción entre una historia de la legislación y una historia del saber cobra una nueva y significativa relevancia, requiriendo un tratamiento separado. El primero de ellos se introduce al final de la Parte Primera - primera Sección (Horizonte y sistema del derecho penal), como capítulo 6, bajo el título “Dinámica histórica de la legislación penal”. El contenido no se desarrolla según una secuencia cronológica convencional, sino que toma dos criterios modélicos para discernir, a partir de ellos, los rasgos presentes en diferentes contextos:

“(…) durante siglos hubo una lucha de modelos políticos de programación punitiva: a) uno era el modelo de partes con la víctima presente como persona; b) el otro era el

²⁸ Para el reformismo del siglo XVIII y la codificación en el tratado de Zaffaroni, ([1980] 1998, I), ver pp. 357 ss. La histórica de los códigos contemporáneos, desde p. 385 y la Codificación en Argentina, tratada en capítulo VI, pp. 403 ss.

modelo de confiscación de la víctima, en que el estado la sustituía y la degradaba a una cosa.” (Zaffaroni, et al., [2005] 2007, p. 166)

Los escenarios históricos se presentan así en función de la imposición de uno sobre otro, con avances y retrocesos, con un primer momento de consolidación del modelo confiscatorio durante el Imperio Romano (cuando todos los delitos “terminaron siendo perseguidos por el estado”). El modelo de partes, dejando de lado experiencias antiguas, se identifica con el horizonte “germano” (con su objetivismo, formas de composición, ordalías y combate característicos) que habría predominado en Europa hasta que, a partir de los siglos XII y XIII, comienza a cundir el modelo de confiscación de la víctima (“la víctima desaparecía como persona”) que se materializa en la instauración del procedimiento inquisitivo y en la consideración de todo infractor como enemigo del soberano. La pena, en este contexto, neutraliza al enemigo del soberano y disciplina por medio del terror. El modelo coincide con el origen de los “estados nacionales como sociedades jerarquizadas”. El clásico tópico del reformismo, aparece aquí presentado como un movimiento destinado a proporcionar previsibilidad y disciplina a la sociedad que emerge de la revolución industrial. El humanismo se reduce a sustituir las penas aterradoras por otras de domesticación (fundamentalmente la prisión). Desde esta perspectiva se abordan las primeras reformas del despotismo ilustrado y los subsecuentes procesos de codificación hasta las reformas más recientes (Zaffaroni, et al., [2005] 2007, pp. 165-188).

Los contenidos históricos relativos al “pensamiento penal” ocupan toda la segunda sección de la primera parte (El pensamiento penal: pensar y no pensar en el derecho penal), estructurada en tres capítulos que se articulan en función de una distinción inspirada en Heidegger entre saberes pensantes (fundados en una ontología y una antropología) y no pensantes (que eluden las preguntas fundamentales o que responden groseramente a ellas). Asumiendo que estas formas determinan momentos de una historia no lineal ni progresiva, la exposición se organiza, como dijimos, en tres capítulos: uno dedicado a la “genealogía del pensamiento penal”, que transita desde el bartolismo “no pensante” hasta el contractualismo penal (tanto en su versión despótica como liberal); otro dedicado a la “decadencia del pensamiento”, que se enfoca en la experiencia de control y defensa social producto de la consolidación del poder de la clase industrial – clase que una vez alcanzado el poder abandona sus propuestas originarias de limitación punitiva –, llegando a su límite más bajo con “la racionalización del control policial racista” (epígrafe que permite conectar el utilitarismo de Bentham con el positivismo criminológico); y finalmente, un tercer capítulo que aborda el problema

de la modernidad y el estado de derecho bajo el lema “El impulso pensante y sus obstáculos”, que cifra como clave de la modernidad la coexistencia pacífica, partiendo de la referencia hegeliana a la utopía del estado racional como inicio del camino hacia el estado de derecho y clasificando el debate posterior como un enfrentamiento entre antihegelianos y hegelianos de izquierda y de derecha, para cerrar con el análisis del pensamiento posmoderno y una síntesis integradora que sustenta una propuesta de reconstrucción del pensamiento penal (Zaffaroni, et al., [2005] 2007, p. 251-283).

La extensión y originalidad en la forma de presentar los contenidos históricos en esta obra se relaciona indudablemente con el fin reconstructivo del modo de comprender y enseñar el derecho penal, con el propósito expreso de ajustarlo a los requerimientos de la “complicada discusión contemporánea”, como se afirma en el prefacio a la primera edición (Zaffaroni, et al., [2005] 2007). Como adelantamos, queda afuera de nuestro objetivo analizar los méritos teóricos de la propuesta. Nos interesa, en cambio, determinar cómo son presentados los elementos propios de la cultura pre-contemporánea y en qué medida hay, o no, una impronta de las lecturas tradicionales relativas a la historia del derecho penal. Por lo pronto, es necesario señalar que a diferencia de lo que ha sido la doctrina prevaleciente, hay un manifiesto rechazo del clásico relato evolutivo y de la perspectiva de progreso lineal que, como ya lo hemos dicho, aparece caricaturizada como un “cuento bucólico”. Correlativamente, hay una lectura, en principio, menos entusiasta del siglo XVIII, tanto en lo que hace a las razones del cambio como a las instituciones emergentes. El discurso de la ilustración es puesto en el contexto de la revolución industrial y de las necesidades de disciplinamiento del nuevo orden social, señalándose el claro discernimiento entre las tesis funcionales al despotismo ilustrado y las que darían fundamento al derecho penal liberal. Los iluministas liberales son presentados como aquellos que proporcionan las bases discursivas al ascenso de la burguesía industrial, representando, a la vez, un “momento de auténtico pensamiento en el saber penal”; momento fundacional del derecho penal liberal, no obstante haber dejado como lastre una teoría de la defensa social que permitió legitimar la pena sobre las mismas bases contractualistas (p. 219).

Nuevamente, el empeño en introducir contenidos históricos pareciera relacionarse con una propuesta que busca interpelar a los consensos tradicionales. Incluso en el plano puramente histórico se parte de un rechazo expreso al clásico relato evolutivo. Sobre este último aspecto, no obstante, nos parece necesario hacer algunas consideraciones ulteriores. El rechazo expreso a las lecturas del progreso lineal se hace compatible, en la sistemática del Manual, con una posición

sociológica conflictivista y con una idea del derecho como proceso histórico conflictivo (Zaffaroni, et al., [2005] 2007, p. 26 y pp. 280-281). Si esa compatibilidad no es *a priori* objetable, sí podrían plantearse algunas dudas con respecto a la consistencia de mantener ese posicionamiento, por un lado, y sostener, por otro, una noción acumulativa y progresiva del saber humano, junto con la idea de "regresiones" entendidas como "accidentes negativos" que pueden ser prevenidos mediante la indagación histórica. Lo mismo podría observarse con respecto a la admisión de una "progresión" en el derecho penal, en tanto rasgo inherente a todo saber, y con relación a la idea de un progreso jurídico vinculado al progreso social (por más que dicho progreso sea entendido en términos tendenciales hacia un estado de derecho ideal) (pp. 27; 97 y 197). Ciertamente, puede alegarse que el rechazo a una historia lineal y progresiva no se refiere al saber penal sino al poder punitivo. Pero aun así quedarían abiertos los interrogantes que pueden derivarse de los mutuos condicionamientos entre poder y verdad, que los autores reconocen como rasgo característico de gran parte de los saberes (p. 29).²⁹

Estas tensiones parecen derivarse del hecho de que el rechazo a la clásica historia evolutiva del poder punitivo no parece implicar, para los autores, el rechazo a una determinada teleología vinculada con la matriz axiológica ilustrada que sustenta la propuesta reconstructiva del derecho penal liberal como saber:

"De este modo no es necesario acudir a ninguna teoría positiva de la pena ni del poder punitivo para obtener en el derecho penal elementos pautadores propios del derecho penal liberal, que profundicen la tradición iluminista y revolucionaria (racionalista) de la segunda mitad del siglo XVIII y primera del XIX, que fue la del estado moderno, sobre cuya base se elaboró la Constitución y se desarrolló posteriormente todo el derecho internacional de los derechos humanos" (Zaffaroni, et al., [2005] 2007, p. 61)

No nos planteamos aquí objetar los valores de la matriz liberal ilustrada, sino observar cómo condiciona la narrativa histórica, desde que, aun habiéndose reconocido su diversa potencialidad despótica, disciplinante o legitimante del estado de policía, estos aspectos parecen escindirse del fenómeno histórico, algo que termina por ocultar el carácter disruptivo y fundacional de ese particular momento histórico. Esa escisión se produce cuando se acude a la poco plausible tesis de que los fundadores del liberalismo habrían caído en una "trampa política" al no percibir que "cualquier legitimación parcial del poder punitivo es engañosa, porque siempre argumenta de modo reversible

²⁹ Véase también Zaffaroni, ([1989] 2003), p. 67.

(se vuelve en contra)." De la narrativa histórica se pasa entonces, inadvertidamente (al menos para el lector), al plano axiológico conceptual, para sostenerse que el "derecho penal liberal y el autoritario constituyen dos direcciones discursivas incompatibles", uno orientado a reducir y contener el poder punitivo y el otro a aumentarlo (pp. 61-62).

La matriz liberal ilustrada conlleva una noción atemporal de racionalidad humana que, no obstante aparecer contextualizada en algún pasaje, opera como presupuesto ontológico en diversos tópicos, y determina la base de la "opción antropológica" (un concepto de lo humano) que no es tematizada históricamente.³⁰ Esta perspectiva sitúa al relato histórico en un plano de continuidad que condiciona la forma en que se presentan los elementos sobresalientes de la experiencia pasada y que permite evaluarlos y calificarlos como "pensantes y no pensantes". La historia así presentada se pre-ordena en función de la propuesta teórico-valorativa. Seguimos entonces en el plano de una "historia en el derecho", con los mismos problemas de retroproyección, sólo que, en este caso, la tesis conflictivista evita una legitimación del presente en términos del clásico uso dinámico. Si bien se incurre en la naturalización inherente a toda retroproyección, con la consecuente reproducción de muchos lugares comunes de la historia evolutiva, la redefinición del objeto historiado (presentado, parcialmente, como un poder punitivo que opera con identidad transtemporal) evita el efecto de legitimación propio del uso dinámico y de la idea de progreso. Éste ya no es fruto de un proceso diacrónico, sino que se manifiesta en la tensión entre antinomias valorativas (saberes pensantes y no pensantes; estado de policía vs. estado de derecho; estado real - estado ideal) que atraviesan todos los tiempos y escenarios, condicionando a la vez, la sensibilidad con respecto a aquello que se está dispuesto a observar en las experiencias pasadas. De ahí que, pese a todas sus diferencias, las referencias al período pre-contemporáneo no varíen demasiado con respecto a las clásicas imágenes transmitidas por los relatos evolutivos.

Si bien se evita expresamente caer en la lectura ingenua del progreso lineal, se revisten criterios teóricos valorativos bajo el aspecto de enunciados históricos y, sobre todo, se diluye la trascendencia disruptiva y fundacional de la modernidad. Estas dificultades concurren, por ejemplo, cuando se presenta el decurso histórico como una lucha entre dos modelos ideales de estado: un "estado de policía", definido como autoritario o totalitario, que habría predominado "históricamente", y

³⁰ Una racionalidad matizada por el contexto burgués (Zaffaroni, Alagia, Slokar, [2005] 2007, p. 39), aunque luego se asume la premisa del sujeto autónomo capaz de tomar decisiones (p. 50), o se califica como hecho "no racional" a la pena (p. 58). Sobre la opción antropológica adoptada, ver pp. 280-281.

un “estado de derecho”, producto de la modernidad, cuyo signo de identidad es el sometimiento por igual de todos ante la ley. Aunque se reconozca el carácter modélico de la tensión y se advierta que la lucha es continua, incluso dentro de las democracias actuales, el pasado queda inevitablemente ligado a un modo predominante y a un juicio valorativo que deriva de conexiones de sentido estrictamente contemporáneas (Zaffaroni, et al., [2005] 2007, p. 21). En consecuencia, se ocluye así el carácter exquisitamente contemporáneo de la mayoría de las agencias que los autores vinculan al sistema penal en su propuesta de reconstrucción teórica.³¹ No es extraño entonces que nos encontremos también aquí con el clásico expediente del uso ejemplarizante del pasado:

“Cualquiera puede imaginarse que si no existieran jueces, tribunales, fiscales, defensores y una doctrina orientadora, las restantes agencias del sistema penal no sólo cometerían los crímenes que hoy cometen, sino que volverían a cometer todos los que practicaron desde que en el siglo XII el poder punitivo se instaló definitivamente” (Zaffaroni, et al., [2005] 2007, p. 5).

El uso ejemplarizante opera con una lógica similar a la del relato evolutivo: nos alerta sobre los peligros de un regreso a estadios superados. Desde este punto de vista, la versión que analizamos, sin perjuicio de su actitud crítica hacia el devenir contemporáneo, termina así tocándose con la función que la doctrina penal prevaleciente le ha asignado a la historia en sus exposiciones de parte general del derecho penal. Las consecuencias pragmáticas se asimilan en la medida en que esta forma de situar la historia en el derecho, de ordenar el pasado en función del presente, conduce a una suerte de repetición parenética de lugares comunes acuñados por la crítica ilustrada del XVIII o por la empresa legitimante de las ciencias históricas y jurídicas del XIX. No deja de ser llamativo el hecho de que la doctrina penal se haya mostrado más permeable a la crítica sociológica que a las revisiones sobre los presupuestos históricos ofrecidas por parte de la historia, en general, y de la historia crítica del derecho, en particular. ¿De qué manera han sido revisados los grandes presupuestos historiográficos que sostenían, y aun sostienen, aquella una imagen ejemplarizante del pasado penal?

³¹ “El sistema penal es el conjunto de agencias que coinciden en la *cuestión criminal*”. De esas agencias, algunas son “exclusivamente penales (policía, servicio penitenciario, tribunales penales, órganos políticos de interior, seguridad, inteligencia, etc.)”, “otras participan del poder punitivo pero sus funciones son más amplias como: las agencias políticas (ejecutivos, legislativos); las agencias de reproducción ideológica (universidades, facultades, academias); las cooperaciones internacionales (agencias de países acreedores que financian programas en países deudores); los organismos internacionales... y por su puesto el gran aparato de propaganda” (Zaffaroni, Alagia, Slokar, [2005] 2007, p. 9-10). Puestas en perspectiva histórica, salvo las universidades y academias, y acaso los tribunales penales, todas las demás, en tanto que agencias con capacidad de incidir en un sistema penal, son creaturas de la modernidad.

IV. El derecho en la historia: la alteridad del pasado

Los estudios históricos que han abordado la experiencia jurídica pre-liberal procurando evitar los sesgos derivados de la retroproyección de nuestros esquemas conceptuales y de nuestras matrices axiológicas, ofrecen algunas claves de interpretación que permiten revisar muchos de los tópicos característicos de la justicia de antiguo régimen. Para ello, como adelantamos, la historia crítica del derecho se ha nutrido de los puntos de vistas ofrecidos por la historia conceptual, asumiendo la necesidad de reconstruir el lenguaje pre-moderno, rompiendo la "familiaridad dogmática" que había permitido a los juristas dialogar con las fuentes del pasado bajo una apariencia de continuidad (Hespanha, 2002, pp. 30 ss.). Rechazando la noción de una historia dinamizada por tendencias u orientaciones predeterminadas, la historia crítica enfatiza la ruptura producida en el nivel del lenguaje político institucional, destacando la conformación de horizontes de sentido discontinuos, inconmensurables (Rüsen, 2012, p. 54).

Desde este punto de vista, la emergencia de una nueva cultura jurídica vinculada a las condiciones estructurales e ideológicas de la modernidad, se plasmó en una serie de desplazamientos semánticos que conllevaron la asignación de nuevos significados a viejos significantes. Al cabo de la llamada "era de la revolución", numerosos conceptos esenciales para nuestra comprensión de un orden institucional, tales como derecho, ley, persona, justicia, público, privado, estado, etc. mutaron por completo su sentido, reflejándose así el profundo cambio de valores y expectativas de lo que se asumió entonces como un nuevo orden social. El proceso de transformación también implicó el surgimiento y consolidación de nuevos significantes (i.e. legislación, Agüero, 2010b) y el abandono, o exclusión del campo político, de otros términos que remitían a conexiones de sentido que perdieron relevancia en el lenguaje jurídico (i.e. obligación antidoral, Clavero, 1991). No se trató de un mero cambio de palabras para cosas que ya existían. La historia crítica del derecho, siguiendo también en esto a la historia conceptual, toma en consideración el carácter constitutivo de ciertos significantes que jugaron un papel clave en el proceso de emergencia de la modernidad, tratándose de términos fundamentales en los que resulta difícil delimitar el significado sin considerar el peso del significante (Koselleck, 1993, 115 ss.). No se trataba, vale la pena insistir en esto, de nuevas designaciones para viejos fenómenos, sino de una nueva construcción de la realidad a través de un nuevo lenguaje.

Si asumimos este punto de vista, con todas sus consecuencias, debemos comenzar por reconocer que antes de la era de las revoluciones no hay un "derecho penal", ni como sistema de normas ni como saber específico. No es pensable un sistema de normas penales como objeto separado de las instituciones jurisdiccionales, de las normas procesales, ni del lenguaje de las virtudes que rigen el comportamiento esperado de las partes y de los jueces.³² Hay "leyes penales", hay "justicia criminal", hay penas, legales, arbitrarias o extraordinarias, hay delitos y pecados, pecados públicos, fuero interno, penitencial, fuero externo, etc., pero no hay un "sistema" constituido en torno a leyes positivas que deban ser necesariamente aplicadas por jueces sometidos a dichas normas. Hasta finales del siglo XVIII el concepto abstracto de legislación no tiene la relevancia que adquirirá por entonces (Agüero, 2010b). No es lo mismo una colección de leyes que un sistema de legislación, como no es lo mismo un horizonte cultural de carácter jurisdiccional que uno de tipo legal; ya nos hemos referido a esta distinción y a lo tardía que es la consideración del derecho *sub specie legis*. La función esperada de los jueces antes de las revoluciones liberales no era aplicar leyes, sino hacer justicia y, en este sentido, el rango de consideraciones que podían invocar era potencialmente infinito: desde el cielo de los principios trascendentes y los textos bíblicos, hasta el terreno del caso y sus condicionamientos fácticos y contextuales. No tomar en cuenta estos indicadores básicos de alteridad, ha llevado a seguir la pista de las leyes, descuidado el contexto cultural, el marco institucional y el horizonte de sentido en que dichos textos fueron producidos y utilizados.

A poco que se comienza a poner el derecho en la historia, se desdibuja la imagen clásica de la justicia penal de Antiguo Régimen, que en las obras que hemos analizado se identifica con el momento de la Inquisición, o con el Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (Tomás y Valiente, 1969). No se trata de negar el desarrollo del procedimiento inquisitivo, con todas sus crueldades conocidas, sino más bien de contextualizarlo para advertir cómo su imagen tradicional privilegia unos determinados aspectos, al tiempo que nos oculta otros que, quizás, eran tan importantes como los primeros para la silenciosa gestión cotidiana del viejo orden social. Si bien, desde mediados de los 70 del siglo XX Foucault tematizó, entre otras cuestiones relativas al campo de la justicia, la vocación de disciplinamiento masivo y vigilancia constante que entrañaba el reformismo ilustrado, poniendo de relieve la cara que yacía oculta bajo su pretendido proyecto de humanización del

³² Centrada en la experiencia escocesa, similares reflexiones en Farmer (1997), p. 31.

castigo, sus conclusiones se vieron escasamente reflejadas en las obras de enseñanza del derecho penal. En todo caso, para lo que aquí interesa, parece claro que dichas conclusiones estimularon más una línea de crítica sociológica a la modernidad que una revisión de la imagen de la justicia del antiguo régimen. Hay que reconocer que, para este último objetivo, poco contribuía la minuciosa descripción de la ejecución de Damiens que abre las primeras páginas de *Vigilar y Castigar* (Foucault, 1979, pp. 3 ss.).

En el campo de la historia crítica del derecho, la asunción de un punto de vista no continuista y de una perspectiva antropológica sensible a alteridad de un horizonte cultural ajeno, sirvió para abrir el campo de observación y procurar una comprensión de la experiencia jurídica pasada a partir de su propio sentido local, comenzando así por reconocer las improntas derivadas de una ontología social corporativa, de la heteronomía religiosa del orden normativo, y de las perdurables estructuras económico-sociales de la “civilización feudal” (Baschet, 2006). A la luz de esta contextualización, la indagación sobre la justicia criminal exige mirar más allá de los clásicos repertorios de leyes. No se trata de negar, como decíamos, que desde el siglo XII se desarrolló por toda Europa el procedimiento inquisitivo, se abandonaron progresivamente los juicios de dios, se publicaron leyes que, en nombre del soberano, autorizaban la persecución de oficio, regulaban el uso de la tortura y conminaban, con fruición, penas afflictivas y capitales. Se trata de ver cómo estos elementos y esas leyes se integraban en un universo cultural más amplio, cargado de otros principios, otras normas y otras prácticas, sin cuya consideración nuestra descripción se convierte una inverosímil caricatura de aquello que pretendemos estudiar.

Acotando nuestra reflexión al denominado momento Inquisitivo, y tomando como universo de análisis la tradición jurídica de la Monarquía hispana, señalaremos algunos factores que denotan las inconsistencias más ostensibles de las descripciones modélicas utilizadas en las narrativas histórico penales o que limitan la imagen que éstas ofrecen a aspectos más simbólicos que efectivos.

a) Comencemos por observar que la relación que se presupone entre el poder del soberano y la determinación del derecho, enfatiza un aspecto que es característico del momento de crisis del Antiguo Régimen, en tanto predetermina la vinculación típicamente moderna entre legislación y voluntad. Si se atiende, en cambio, a la forma en que el derecho era pensado, transmitido y practicado durante el desarrollo de la experiencia del *lus Commune*, se verá que aquello que pudiera merecer el nombre de derecho aparecía más bien concebido como un campo de saber que de

expresión de voluntad, de tal suerte que el papel del poder soberano en su determinación quedaba estrechamente condicionado por un universo textual y una tradición de saber no fácilmente controlables por actos de voluntad. Las leyes penales habitualmente citadas por los juristas cuando se refieren a este período, no sólo ocupaban en ese universo textual un lugar subsidiario con relación a otros campos disciplinantes ajenos al control soberano (i.e., la religión, la doctrina teológica y jurídica, la literatura moral), sino que, además, debían articularse con toda una trama de normas locales, estatutarias, forales, consuetudinarias, así como con una extensa serie de privilegios, dispensas y suplicaciones, que la propia tradición jurídica convalidaba y protegía frente a las posibles manifestaciones voluntaristas del soberano.

b) En virtud de lo anterior, es difícil sostener la imagen de los jueces de antiguo régimen como "funcionarios" destinados a ejecutar la voluntad del rey, así como mantener la pretensión de ver en la vieja estructura jurisdiccional un esquema de poder centralizado. Por un lado, por lo tardía que es la identificación del derecho con la voluntad del rey, se mantuvieron activos casi hasta el final del antiguo régimen los argumentos que autorizaban a desobedecer una ley injusta. Por el otro, porque la afirmación de que el príncipe era fuente y origen de toda jurisdicción funcionaba como un criterio de unidad simbólico que no implicaba negar la natural fragmentación de la sociedad corporativa, garantizada por la estrecha vinculación que la doctrina establecía entre justicia, gobierno y representación de las corporaciones. Toda una serie de dispositivos culturales operaban para que la inmensa mayoría de conflictos fuesen gestionados en primera instancia (y en algunas regiones en apelación) por elites estrechamente vinculadas a las comunidades locales (Tau Anzoátegui y Agüero, 2013). No deja de ser significativo, por ejemplo, la escasa relevancia que se da en la imagen tradicional a la justicia capitular y a la figura de los alcaldes ordinarios, jueces honorarios, normalmente legos en derecho, elegidos anualmente entre sus pares del cabildo, que gestionaban el grueso de la jurisdicción criminal ordinaria. Como ha sugerido Charles Cutter (1995), la historia construida en torno al modo de proceder de las Reales Audiencias ha invertido la imagen, poniendo en el centro aquello que era excepcional (p. 6). Una lectura más atenta a estos rasgos, puede ofrecer una base más coherente para comprender los desarrollos decimonónicos en el caso de las experiencias latinoamericanas.

c) Si analizamos los patrones normativos que incidían en la actividad cotidiana de la justicia criminal, advertimos que la narrativa tradicional ha excluido todas las referencias discursivas que

vinculaban el ejercicio de la justicia criminal con otras virtudes como la caridad, el amor o la indulgencia. El amplio campo de discreción judicial que, como bien se sabe, fue uno de los blancos recurrentes de la crítica ilustrada, hacía posible la introducción de toda una serie de argumentos vinculados con aquellas virtudes que, en una proporción significativa de los casos, autorizaban a suspender la causa, o moderar la respuesta punitiva. Estas manifestaciones de clemencia no eran, como podría pensarse, un correctivo ocasional o una desviación práctica con respecto a los patrones del modelo inquisitivo. Por el contrario, todas ellas encontraban su fundamento normativo en numerosos tópicos de la literatura jurídica que imponían a los jueces el deber de actuar compasivamente, de moderar la justicia con la piedad, procurando reproducir en cualquier escala del ejercicio del poder la imagen de un rey (y de un Dios) que era, a la vez, justiciero y misericordioso.

La indisoluble vinculación entre piedad y justicia, entre conmiseración y castigo, constituía un principio rector para el ejercicio de la jurisdicción criminal, orientado a sostener los vínculos de lealtad a través del amor bajo la convicción de que era mejor el juez amado por su clemencia que el temido por su crueldad (Hespanha, 1993).³³ Todavía a mediados del siglo XVIII, los manuales enseñaban a los jueces que el rigor de las leyes no debía seguirse necesariamente, porque muchas veces las mismas sólo cumplían una función *ad terrorem*, y que, como afirmaba Santayana Bustillo en 1742, habiendo causa justa, las penas siempre podían y debían minorarse (Agüero, 2004, p. 54). Del mismo modo, recordaban también que la jurisdicción criminal estaba regida por un tipo de justicia, la *justicia vindicativa*, que debía entenderse hermanada con la “misericordia”.³⁴ A esta dimensión normativa obedecían también los frecuentes perdones reales, concedidos de forma generales o particulares, y el valor asignado al perdón de la parte ofendida. Eran las lógicas propias de una monarquía paternalista, de fundamento religioso y corporativo, que regulaban el uso de la pena mediante un delicado equilibrio entre justicia y piedad, temor y amor, rigor y clemencia. No parece, por lo demás, que esta forma de gobernar la justicia criminal fuera patrimonio exclusivo del mundo católico.³⁵

³³ Según un célebre jurista castellano del siglo XVI, el juez debía hacerse amar por su súbditos para que éstos se mostrasen obedientes, “porque ninguno ama à otro, que no tema de le enojar” (Castillo de Bobadilla [1597]), citado en Agüero (2004), p. 40.

³⁴ “Y es de notar, que la Justicia vindicativa... no se opone ni contradice á la virtud moral de la misericordia; porque aunque en algún modo parecen contrarias, están no obstante tan unidas como hermanas...” (Guardiola y Sáez, 1785), citado en Agüero (2004), p. 41.

³⁵ También la justicia inglesa, al menos hasta el siglo XVIII, parece haber operado en función de esa prudente oscilación entre castigo y perdón, véase Hay (1975) y para época medieval, Clanchy (1983).

d) Igualmente ignorados por la narrativa tradicional, otros principios propios de una sociedad corporativa regían una particular “economía del castigo” que en absoluto respondía a la imagen de retribución absoluta individual. Así, por ejemplo, se consideraba un motivo válido para eximir de la pena capital a aquellos que poseyeran un oficio o saber indispensable para la comunidad, así como se aconsejaba moderar o remitir la pena, en pura lógica feudal, a quien hubiese hecho un gran servicio a “la república”. Incluso por razones de “prudencia y bien común” se consideraba razonable que en el caso de un delito cometido por muchos, era suficiente con castigar a unos pocos, bastando con que el temor llegara a los demás. La misma lógica que sustentaba esa forma de usar el prudente arbitrio de los jueces, se encontraba también en el tratamiento que los teólogos hacían del “disimulo”, entendiendo que a través de una ponderación casuística, se podía dejar de castigar un pecado para evitar un mal mayor a la comunidad (como cuando del castigo se derivase un grave escándalo público). Los juristas hacían suya esta doctrina para sostener que en casos leves, en los que no había riesgos de causar mal ejemplo ni se añadía ofensa a la víctima, se podía disimular el castigo (Agüero, 2004, 67 ss.).

e) La reparación de la ofensa a la víctima, así como el perdón de ésta, conservaron, hasta finales del antiguo régimen, una operatividad con respecto a la moderación de la respuesta penal que también ha sido ignorada, de la misma forma que se ha ignorado la relevancia concedida a las “concordias”, o “acuerdos de paz” entre las partes, que siguieron siendo eficaces para suspender un proceso o mitigar la pena. Este tipo de soluciones parecían predominar en los conflictos caracterizados por una relativa igualdad social entre las partes, y respondían a la operatividad social del principio cristiano según el cual “los pactos vecen a las leyes y el amor a los juicios”. Este tipo de principios, así como el deber de actuar compasivamente, vinculaban por igual a partes y magistrados, e integraban plenamente el campo textual que orientaba su comportamiento en el escenario forense. La doctrina más difundida insistía en que los jueces debían “amigar” a las partes y evitar los procesos, *por lo mucho que Dios se sirve, y conviene a la republica que se quiten y abrevien los pleytos, pues el fin de la justicia es la paz* (Castillo de Bobadilla, 1597, en Agüero, 2004, p. 54). Eran intuiciones jurídicas todavía muy sólidas en el horizonte del *Ius Commune* tardío, es decir, el momento pleno de la Inquisición. Un jurista italiano muy representativo de ese momento, como Julio Claro, reconocía, en términos semejantes, que por costumbre general de Italia “*licitum est facere pacem pro quocunque crimine*” (Birocchi, 2007, 191).

f) La alteridad. Ciertamente, no era esta una justicia pensada para una democracia ni para una sociedad integrada por ciudadanos iguales. Al poner de relieve los aspectos que no encajan en los rasgos generales del esquema inquisitivo, no pretendemos justificar la vieja justicia ni compararla con el que sería un sistema ideal, de acuerdo con nuestros actuales valores. Se trata, simplemente, de reflejar a través de una imagen menos grotesca, la alteridad del viejo orden social, para poner en contexto la dimensión de la ruptura implicada por el proyecto jurídico liberal. En el caso hispano, un factor de profunda alteridad venía dado por el hecho de que las leyes positivas, en general, y las penales en particular, se integran en un lugar dispensable dentro de un gran intertexto formado por la religión y la literatura moral. No es que se confundiera el derecho con la religión, es que no se concebía el primero fuera de la segunda, ni tan siquiera se pretendían que fuesen operativas para la argumentación forense las fronteras que separaban, en el plano teórico, un campo de otro (Clavero, 1990; Agüero, 2009). Los juristas españoles eran bien conscientes de la función prioritaria de la religión en la conservación del orden social. Convencido de ello, a comienzos del siglo XIX, Dou y Bassols (1800) afirmaba que no eran necesarias penas crueles donde regía una religión como la católica, que hacía a los hombres dóciles y obedientes (III, p. 37). Es indudable que, sostenida bajo estas formas de hegemonía cultural, los vínculos amorosos inspirados por la religión venían a cumplir un papel esencial para mantener los lazos de obediencia de un orden que no era posible mantener bajo el único expediente del uso de la coacción formalizada. Esta determinación cultural debe considerarse cuando se habla de eficacia de la justicia de antiguo régimen.

El orden político estaba tan identificado con esas matrices derivadas de la constitución religiosa, que la religión católica aparecía como principal objeto de protección del derecho, no sólo en obras de juristas más bien conservadores como Dou, sino también en textos usualmente catalogados como pertenecientes al reformismo liberal. Una lectura detenida del célebre *Discurso sobre las penas* de Lardizábal y Uribe (1782), el Beccaria español, como se le suele llamar a pesar de sus constantes discrepancias con el autor milanés, nos muestra hasta qué punto la religión y el derecho medieval castellano ocupaban un lugar central en la interpretación de las nuevas filosofías de la época. Al igual que Dou, Lardizábal tenía un concepto positivo del derecho histórico español, al que consideraba más humano que otros regímenes europeos. Su propuesta de reforma, se mostraba así, más orientada a ajustar los dictados de la propia tradición que a imponer un proyecto semejante al que predicaba el racionalismo liberal (Agüero y Lorente, 2015). Sus discrepancias con

Beccaria se evidencian, precisamente, en un punto crucial: para Lardizábal era impensable la idea de una legalidad inexorable seguida al pie de la letra, capaz de neutralizar la función mediadora de los jueces y eliminar toda posibilidad de clemencia, dejando la indulgencia en manos del legislador, como reclamaba Beccaria ([1764] 1994, p. 111 ss.).³⁶ Consecuentemente, Lardizábal no compartía la idea que fuese "peligroso", como decía Beccaria, acudir al "espíritu de las leyes", puesto que, si no se lo confundía con un arbitrio voluntario de los jueces, era inevitable para una adecuada interpretación. Más aún, por mucho que formalmente se expresara conforme con el principio de legalidad, no dejaba de considerar necesaria la analogía, así como el valor de la "*ratio legis*" para justificar un castigo. Del mismo modo, hacía suya toda aquella "economía del castigo" que relativizaba la pena en función de criterios transpersonales confiados a la prudencia de los jueces, según ya hemos referido.³⁷

Así como las narrativas tradicionales no toman en cuenta todos los fragmentos de la historia que no se ajustan al modelo inquisitivo, del mismo modo el contrapunto entre Beccaria y Lardizábal suele quedar oculto en páginas que los sitúan, por lo general, en mismo lado del cuadro ideológico. Ambos autores, por más que fueran coetáneos, vivían temporalidades jurídicas diferentes. Lardizábal simpatizaba más con un modelo de definición casuista, porque además de confiar en su derecho histórico, no estaba dispuesto a impugnar ni el fundamento religioso ni la complejidad subjetiva de su mundo social forjado por la tradición. El proyecto jurídico liberal exigía reducir esa complejidad mediante la abstracción codificadora para hacer posible la tan buscada simplificación legislativa, presupuesto indispensable, a su vez, para un ideal de legalidad penal moderada pero "inexorable".³⁸ La desconfianza a esos "pequeños tiranos" de los jueces, como los llama Beccaria, contrastaba con la confianza en un legislador racional y moderado. Se trata de dos visiones del mundo diferentes, que implicaban una serie de divergencias insalvables: religión, tradición, complejidad y jerarquías sociales, casuismo y confianza en la prudencia de los jueces, por un lado, vs. contrato social, racionalidad, sujeto único de derecho, legalidad, confianza en el legislador y juez

³⁶ Beccaria, cap. 46, p. 111 ss.

³⁷ "Si uno, por ejemplo, hubiese hecho grandes servicios á la república, y cometiese algun delito, podrian ser tan señalados estos servicios, que por ellos se le remitiese ó moderase justamente la pena. Si el número de delinquentes fuese muy grande, todos deberían ser castigados indistintamente; pero la prudencia y el bien común, piden que en semejantes casos el castigo se verifique en pocos, y el miedo llegue á todos" (Lardizábal, 1782, p. 151).

³⁸ Sobre el carácter "inexorable" de la legalidad penal, Beccaria ([1764] 1994), cap. 27, pp. 71-73. Sobre esa simplificación del orden social como presupuesto para una simplificación de las leyes, Tarello (1995), pp. 39-53; Caroni, (2013), pp. 43-56.

sometido a la letra de la ley, por el otro (Agüero y Lorente, 2015). Detrás de estas divergencias subyacen ideas diferentes sobre el origen la sociedad, la naturaleza del ser humano, del derecho y de la justicia. Tal vez, desde el punto de vista simbólico, la forma más gráfica de expresar esa divergencia fuera la que, en palabras de Beccaria ([1764] 1994), enfrentaba a “una sociedad de familias” vs. una “sociedad de hombres” (pp. 69-71).

g) Lo que se oculta entonces, detrás de aquellas partes no contadas de la historia, además de la profunda alteridad cultural del pasado, es el carácter completamente disruptivo y fundacional del liberalismo. Fundacional de los elementos que generaron nuevas tensiones, a la luz de las cuales el pasado comenzó a ser sometido al juicio de una nueva historia. Fundacional, incluso, de manera simultánea, del individuo como sujeto de derecho y de la legalidad racional individualista que hace posible a aquél, del ciudadano y del Estado nacional que, en nombre de la soberanía de todos los individuos, expropia, ahora sí de modo definitivo, el conflicto, eliminando la relevancia del perdón, junto con la capacidad mediadora de los jueces. Recordemos una vez más a Beccaria ([1764] 1994), para ilustrar este punto:

“Algunos libertan de la pena de un leve delito cuando la parte ofendida lo perdona, acto conforme a la beneficencia y a la humanidad pero contrario al bien público: como si un ciudadano particular pudiese igualmente quitar con su remisión la necesidad del ejemplo, como puede perdonar el resarcimiento de la ofensa. El derecho de hacer castigar no es de uno solo sino de todos los ciudadanos, o del Soberano; y así el ofendido podrá renunciar su porción de derecho, pero no anular la de los otros” (p. 136).

No parece que Beccaria estuviera haciendo alusión a doctrinas remotas y desusadas. El fragmento citado parece confirmar todo aquel mundo de prácticas al que hemos aludido y que entraban en abierta contradicción con el proyecto de legalidad inexorable. Todavía parece confirmar la vigencia de aquella alternancia de rigor e indulgencia, cuando propone excluir la “clemencia” de cualquier legislación y expresa el carácter “funesto” del perdón en una nación ideal. A raíz de ello, comenta Beccaria ([1764] 1994): “Parecerá esta verdad dura a los que viven en el desorden del sistema criminal, en que los perdones y las gracias son necesarias a proporción de lo absurdo de las leyes, y de la atrocidad de las sentencias” (p. 111).

Las leyes antiguas comenzaron a ser vistas, efectivamente, como absurdas cuando se las empezó a mirar como expresiones de voluntad soberana que debían ser ciegamente obedecidas por efecto del propio discurso reformista (Hespanha, 1993, pp. 203 ss). Como hemos dicho antes, para

un jurista español de mediados del XVIII estaba claro que las leyes muchas veces tenían un mero efecto *ad terrorem*, y que no debían aplicarse cuando fueran notoriamente desproporcionadas (Agüero, 2004). Algo similar ocurrió con el sistema de pruebas legales. Desde el siglo XVI ese sistema había sido modificado por vía del arbitrio judicial, mediante un razonamiento que autorizaba a los jueces a imponer penas menores cuando no se alcanzaban los requisitos de la plena prueba. Para algunos autores, este cambio en las prácticas tornó innecesaria la tortura, porque los jueces pudieron condenar por simples indicios a penas menores. Esto habría hecho, entre otras cosas, que la tortura fuera casi una rareza en la mayoría de los tribunales hacia mediados del siglo XVIII. No obstante, el sistema de pruebas legales seguía formalmente vigente porque se veía en él una garantía esencial, no para el imputado, sino más bien para el alma y patrimonio del juez, puesto que se consideraba que si dañaba injustificadamente al reo incurría en pecado mortal, además de ser personalmente responsable por su decisión (Agüero, 2010c). Cuando las leyes comenzaron a leerse bajo los nuevos esquemas culturales, el sistema de prueba legal se convirtió en un ridículo obstáculo – una restricción a veces “hiriente e irrisoria” como lo calificó Vélez Mariconde- para el funcionamiento un sistema de legalidad inexorable.³⁹ El horizonte de sentido que había generado aquel sistema probatorio había desaparecido, convirtiéndolo en un objeto obsoleto y ridículo. No obstante, es posible que su derogación y la consecuente admisión legal de la condena sobre la base de indicios, hayan estado históricamente más relacionadas con la necesidad de garantizar el éxito de un sistema de legalidad penal inexorable, en el contexto de una sociedad progresivamente secularizada, que otorgaba un nuevo protagonismo a las agencias requeridas para mantener una disciplina masiva y vigilancia continua, que con la mayor o menor confianza depositada en el juez como se ha argumentado tradicionalmente (Agüero, 2010c).

V. Certeza, historia ejemplarizante y tradición latente

Los últimos ejemplos analizados nos muestran algunos de los problemas derivados de no tomar en cuenta las fronteras culturales que hace a la alteridad del lenguaje jurídico pre-moderno. Caemos fácilmente en un cuadro lleno de confusiones, paradojas y grotescos que, al tiempo que

³⁹ Así lo presentaba todavía Vélez Mariconde ([1956; 1969] 1982): “Recuerdo muchos casos de absoluciones motivadas por la existencia de un solo testigo de cargo, aunque éste demostraba sin duda la culpabilidad del acusado. La restricción legal fue hiriente e irrisoria en un caso que nunca puedo olvidar...”, (I, p. 360, nota 44). Maier ([1989] 1996), por su parte, considera que el problema es la imposibilidad de declarar la certeza de una hipótesis fáctica, no la imposibilidad del castigo (I, p. 873).

inhiben nuestra capacidad para comprender una sociedad ajena, nos conducen a una lectura ingenua del cambio social. La lectura continuista nos priva del ejercicio de relativización que requiere aprender a contextualizar el pasado, como paso necesario para encontrar el sentido local de una gramática institucional ajena. Al mismo tiempo, es posible que esa carencia nos incapacite también para contextualizar las certezas de nuestro presente. La enseñanza jurídica parece más dispuesta a transmitir certezas que a problematizar las propias creencias. En el caso de las ciencias dogmáticas, la transmisión de certezas pareciera ser una función casi inherente a la propia tradición disciplinar. También ha sido ése el papel que los primeros historiadores del derecho asignaron a su área de conocimiento, estableciendo así, en sus orígenes, una estrecha sociedad con sus colegas de las ramas dogmáticas (Caroni, p. 64 ss.). Pese a que, en la actualidad, esa sociedad se ha quebrado, queda su eco resonando en los lugares comunes de la narrativa histórica que los tratados y manuales de las disciplinas dogmáticas incorporan en sus capítulos introductorios.

Ya sea en su versión evolutiva, ya en su papel ejemplarizante, las secciones históricas no parecen cumplir otra función que contribuir a sostener una certeza fundamental: “La reacción contra un sistema de penas inhumanas o crueles es inherente al derecho penal liberal” (De la Rúa y Tarditi, 2014, p. 98). Se blindan así cualquier pretensión de contextualización que pueda problematizar la emergencia del objeto estudiado. Esta ha sido, al menos en Argentina, la lectura predominante. El enfoque alternativo ofrecido por Zaffaroni, Alagia y Slokar, si bien evita caer en la lectura naif del cambio social, a nuestro juicio, no elude los problemas derivados de la perspectiva continuista que se traducen en el uso ejemplarizante del pasado. En este caso no se legitima el presente como estadio de evolución, pero el pasado sigue siendo un espejo invertido que nos alerta de posibles regresiones.

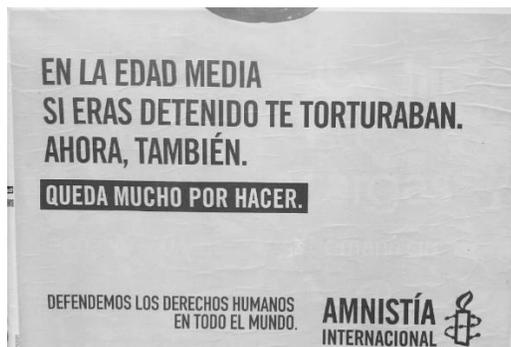
Por uno u otro camino se contribuye a osificar lecturas caducas del pasado. Al mismo tiempo, se reduce la posibilidad de ejercitar una lectura reflexiva y distante del presente, que posibilite dimensionar todas las consecuencias propias de su emergencia histórica. El uso repetido y constante de la tradición ejemplarizante sólo puede contribuir a la solidificación de las estructuras sobre las que se asienta el saber dogmático. Aunque en la práctica actual pocos profesores se detengan a explicar los capítulos históricos, sus contenidos están ahí, listos para salir al ruedo cuando se enciende una amenaza de regresión. Si ello puede tener un lado positivo en cuanto a la transmisión de convicciones liberales, es necesario asumir que se trata más de un discurso

encomiástico hacia los valores del presente, que de un saber sobre el pasado. A tal fin, sería preferible ofrecer una fundamentación racional en términos intra-sistemáticos que acudir a caricaturas del pasado. Al mismo tiempo, aquella sombra latente del pasado adquiere operatividad como custodia de los límites dentro de los cuales se consideran garantizados ciertos dogmas liberales, de tal suerte que condiciona la capacidad de respuesta frente a nuevos desafíos de la experiencia social. En este sentido, la clásica narrativa histórico-penal funcionaría como una suerte de "tradición dormida" o "latente" (Rüsen, 2012, p. 59), es decir, como elementos pre-condicionantes del universo mental del jurista, que se activan aun cuando normalmente parecieran olvidados.

En línea con esto último, no resulta extraño que algunos desafíos a los esquemas típicos del liberalismo, derivados de los procesos de globalización, de integración regional, de la multiplicación de ordenamientos y jurisdicciones supranacionales, así como de ciertos fenómenos colaterales como la expansión del derecho penal económico y administrativo, llevaran a los penalistas a recuperar la imagen del mundo medieval para advertir sobre los riesgos que entraña una "nueva edad media penal" (Donini, 2003). De la misma forma, algunos penalistas han criticado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que estableció la obligación de los estados de proceder "a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos", sin perjuicio de leyes de amnistía, disposiciones de prescripción u otros excluyentes de responsabilidad. Para este punto de vista crítico, el citado tribunal sostiene una doctrina que fomenta "la aplicación del derecho penal a cualquier precio", algo que resultaría equivalente, se nos dice, "a refundar un derecho penal medieval y contrailustrado ya superado por la humanidad hace mucho tiempo" (Pastor, 2006).

Esta última afirmación, introducida en un texto de discusión académica, tiene un estatus discursivo similar al lema utilizado en una reciente campaña publicitaria de Amnistía Internacional en Buenos Aires, que reza: "En la Edad Media si eras detenido te torturaban. Ahora, también. Queda mucho por hacer".⁴⁰

⁴⁰ Agradezco al Dr. Jorge Núñez el envío de esta imagen tomada en las calles de Buenos Aires en mayo de 2015



No pretendemos discutir aquí si el “expansionismo penal” de la globalización, o el “neopunitivismo” estimulado por los organismos de derechos humanos conllevan ciertos riesgos que merecen ser discutidos; o si, acaso, en el afán de proteger los dogmas liberales, hay un alarmismo injustificado por parte de quienes han expresado este tipo de críticas.⁴¹ Desde luego, tampoco objetamos la efectividad de una campaña publicitaria destinada a luchar contra el uso de la tortura en el siglo XXI. Simplemente queremos destacar que, el efecto pragmático de este tipo de usos ejemplarizantes del pasado requiere, como presupuesto, asumir la idea de que “el tiempo cobra sentido a través de una moralidad supratemporal” (Rüsen, 2012, p. 52). Es en este punto, como hemos señalado, en donde la narrativa ejemplar y la lectura evolutiva convergen, ofreciendo una base para certezas del presente que son independientes de nuestro conocimiento del pasado.

VI. Reflexiones finales: ¿qué historia ofrecer en la enseñanza del derecho penal?

De acuerdo a lo que hemos expuesto hasta aquí, cabría preguntarse de qué modo se podrían evitar los usos evolutivos o ejemplarizantes de la narrativa histórica. Qué aportaría a la formación del jurista una historia sensible a la alteridad del pasado. Para quienes entienden que el derecho penal tiene una justificación racional derivable de una teoría de la justicia, o de una moral crítica, es posible que la mejor solución consista en prescindir de toda introducción histórica, del mismo modo que los libros escolares suelen explicar el origen del universo evitando preguntar qué había antes del “big-bang”. Pero aun cuando no se estuviera dispuesto a asumir esa justificación teórica, con un punto de partida así se evitarían muchas páginas de mitologías, de ponderaciones

⁴¹ Para una posible respuesta a la crítica contra el llamado “neopunitivismo” adjudicado por la crítica a los organismos de derechos humanos, véase Pérez Barberá y Agüero (2012).

descontextualizadas, de relaciones implausibles, de hipérboles que obliteran toda una constelación de elementos que hacían a un marco de sentido; dejarían de transmitirse así las imágenes de unas sociedades de gente primitiva, o de gente que confundía las cosas (como si público, privado, delito, pecado, persona, nación, etc. fuesen “cosas” independientes del discurso) o bien, en el mejor de los casos, no sería necesario tener que exculpar a los contractualistas liberales por haber caído ingenuamente en trampas argumentativas derivadas del carácter reversible de cualquier legitimación parcial del poder punitivo.

Sin la confortable justificación latente que ofrece la silenciosa imagen de un pasado oscuro y tenebroso, los penalistas tendrían más estímulos para abordar las tensiones propias de la emergencia del derecho penal como producto de la modernidad. Sin la confianza que produce la convicción de creerse situado en un estadio superior de civilización, habría más espacio para reflexionar sobre las contradicciones inherentes a cualquier sistema institucional. Una mínima referencia a la alteridad del pasado ayudaría a comprender que, en su génesis histórica, las libertades individuales y el monopolio de la coacción (es decir, la emergencia del estado soberano moderno), son factores que se ordenan en una relación bicondicional. Se entendería entonces por qué el principio de legalidad pudo operar, al mismo tiempo, como clave de emancipación individual y como elemento central de la construcción de una nueva (moderna) concepción de la soberanía (Costa, 2007, p. 5). Relativizar la imagen del pasado, permitiría así tomar distancia de la antropología subyacente al discurso liberal, para apreciar en qué medida, la centralidad del individuo constituye un momento de ese complejo ideológico que tiene, a la vez, en un extremo, la construcción del Estado y, en el otro, la realización de una sociedad disciplinada (Costa, 2007, pp. 4-5).

Una perspectiva como esta, llevaría quizás a prestar más atención a la complejidad de los momentos de transición. Como ha señalado Lindsay Farmer (1997), una de las consecuencias más notable de la clásica visión liberal, es que la historia parece detenerse a mediados del siglo XIX, cuando se considera que las instituciones adquieren los rasgos que las asimilan al presente (p. 32). A diferencia de los estudios históricos que hace tiempo trabajan en torno al complejo momento de transición, los juristas no suelen detenerse demasiado en analizar cómo se fueron dando (o no) los cambios exigidos para pasar de una cultura jurisdiccional a una cultura legal o, como lo sugirió el libro coordinado por Marta Lorente (2007), “de una justicia de jueces a una justicia de leyes”.

Tampoco se detienen a observar cómo, en algunos contextos, la reforma de la justicia criminal no representó una prioridad especial para las élites que impulsaron las revoluciones políticas, tal como se ha sugerido para el caso norteamericano (Dubber, 2007) y como se puede apreciar en la persistencia de las viejas formas de hacer justicia a lo largo de casi todo el siglo XIX en el caso argentino (Agüero, 2010). Debería entonces observarse con mayor atención cómo es que muchas de las formas que emergieron de la transición fueron producto de transacciones entre unos tiempos y otros; esto se puede apreciar en el caso argentino no sólo a través de la prolongada vigencia de códigos rurales con fuerte componente represivo, sino también en el diseño institucional que hizo depender la eficacia de la codificación sustantiva nacional de las jurisdicciones y procedimientos provinciales, dando por resultado un modelo de legalidad débil, sin control nomofiláctico, que sólo tardíamente comenzaría a ser ejercido por vía jurisprudencial (Agüero, 2013).

Reconocer la alteridad del pasado para asumir como propios del momento de transición muchos de los rasgos clásicamente retroproyectados a los tiempos más remotos, ayudaría a comprender cómo el desarrollo del saber penal corrió en paralelo y fue reflejo de la realización global del proyecto jurídico liberal. Cabría entonces reflexionar sobre la forma en la que incidieron las teorías penales sobre la culpabilidad en el proceso de subjetivación individual del derecho y de consolidación del individualismo antropológico como ingrediente esencial para la nueva sociedad de mercado y viceversa, así como el modo en el que algunos desarrollos contemporáneos se orientaron más bien a remover obstáculos de la prosecución penal que a garantizar el estatuto de autonomía individual del acusado (Norrie, 2014; Farmer, 2007). En definitiva, entendemos que una historia abocada a la comprensión de los contextos y contingencias en los que se desarrolló el saber penal liberal contribuiría más a la reflexión crítica sobre la propia tradición (como se ha hecho y se hace, por ejemplo, desde la criminología crítica), ofreciendo así una mejor perspectiva formativa que la que ofrece una narrativa que persiste en la repetición de los tópicos evolutivos y ejemplarizantes. Sobre todo, ayudaría a repensar la relación entre libertad individual, derecho penal y estado, reducida muchas veces a una ingenua contraposición *tout court*, que es más bien fruto de una predeterminación ideológica que de una comprensión histórica del proceso de emergencia de la modernidad.

Referencias bibliográficas:

- AGÜERO, A. y LORENTE, M. (2015). "Penal enlightenment in Spain: from Beccaria's reception to the first criminal code". En *The Spanish Enlightenment Revisited* (pp. 235-264). ASTIGARRAGA, J. (ed.). Oxford: The Voltaire Foundation of Oxford University, Oxford.
- AGÜERO, A. (2004). "Clemencia, perdón y disimulo en la justicia criminal de antiguo régimen. Su praxis en Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII". En *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, 2004, N° 32, 33-81.
- AGÜERO, A. (2008). *Castigar y perdonar cuando conviene a la república*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- AGÜERO, A. (2009). "Las penas impuestas por el Divino y Supremo Juez. Religión y justicia secular en Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII". En *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas*, 46, 203-230.
- AGÜERO, A. (2010). "Formas de continuidad del orden jurídico. Algunas reflexiones a partir de la justicia criminal de Córdoba (Argentina), primera mitad del siglo XIX". En *Nuevo Mundo Mundos Nuevos* [En ligne], Débats, mis en ligne le 23 mars 2010, consulté le 26 août 2015. URL : <http://nuevomundo.revues.org/59352> ; DOI : 10.4000/nuevomundo.59352.
- AGÜERO, A. (2010 b). voz "Legislación". En *Diccionario Histórico Judicial de México. Ideas e Instituciones* (Tomo II, 981-988). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- AGÜERO, A. (2010 c). voz "Indicios", en *Diccionario Histórico Judicial de México. Ideas e Instituciones*. (Tomo II, 800-809). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- AGÜERO, A. (2013). "Law and criminal justice in the Spanish colonial order: the problematic enforcement of the legality principle in the early criminal law in Argentina". En *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle. Legislation as a Source of Law in Criminal Trials* (229-252). MARTYN, G., MUSSON, A. y PIHLAJAMÄKI, H. (eds.). Berlín: Duncker & Humblot.
- BACIGALUPO, E. ([1983] 1996), *Manual de Derecho Penal. Parte General. Exposición referida a los derechos vigentes en Argentina, Colombia, España, México y Venezuela*, Bogotá: Temis.
- BACIGALUPO, E. (1999) *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed. totalmente renovada y ampliada, Buenos Aires: Hammurabi.
- BARRIERA, D. y TÍO VALLEJO, G. (coords.) (2012). "Historia política e historia del derecho – Dossier". En *PolHis Boletín Bibliográfico Electrónico del Programa Buenos Aires de Historia*

Política, Año 5, N° 10, segundo semestre de 2012, 23-106, disponible en <http://historiapolitica.com/boletin/>.

- BASCHET, J. (2006). *La civilisation féodale. De l'an mil à la colonisation de l'Amérique*, 3a éd. Paris : Flammarion.
- BECCARIA, C. ([1764] 1994). *De los delitos y las penas*. Madrid: Altaya.
- BIROCCHI, I. (2007). "La giustizia di tipo egemonico: qualche spunto di riflessione". En *Penale, Giustizia, Potere. Per ricordare Mario Sbriccoli (179-211)*. LACCHÈ, L. et al. (eds.). Macerata: Università di Macerata.
- BOURDIEU, P. (2000). *La dominación masculina*. Barcelona: Anagrama.
- CARONI, P. (2010). *La soledad del historiador del derecho. Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*. Madrid: Universidad Carlos III.
- CARONI, P. (2013). *Lecciones de historia de la codificación*. Madrid: Universidad Carlos III.
- CARRARA, F. ([1859] 1867). *Programma del corso di Diritto Criminale. Parte Generale*, 3 ed. Lucca: Tipografia Giusti.
- CESANO, J. D. (2011). *Élites, redes intelectuales y recepción en la cultura jurídico penal de Córdoba (1900-1950)*. Córdoba: Del Copista.
- CLANCHY, M. (1983). "Law and Love in the Middle Ages", En *Disputes and settlements. Law and human relations in the West (47-67)*. BOSSY, J. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- CLAVERO, B. (1990). "Delito y Pecado. Noción y escala de transgresiones". En *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas (57-89)*. TOMÁS Y VALIENTE, F. et al. (ed.). Madrid: Alianza.
- CLAVERO, B. (1991). *Antídora. Antropología Católica de la Economía Moderna*, Milano: Giuffrè.
- COSTA, P. (2007). "Pagina Introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)". En *Quaderni Fiorentini*, Giuffrè, Milano, 36, v. I, pp. 1- 45.
- CREUS, C. (1992). *Derecho penal. Parte general*, 3ra ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: Astrea.
- CUTTER, C. (1995). *The legal culture of northern New Spain 1700-1810*. Albuquerque: University of New Mexico Press.
- DE LA RÚA, J. y TARDITTI, A. (2014). *Derecho Penal. Parte General*, 1. Buenos Aires: Hamurabi.

- DONINI, M. (2003). "¿Una nueva edad media penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del derecho penal económico". En *Nuevo Foro Penal*, Universidad EAFIT, Medellín, 65, pp. 92-119.
- DOU Y DE BASSOLS, R. L. (1800). *Instituciones de Derecho Público de España*. Madrid: Benito García.
- DUBBER, M. D. (2007). "'An Extraordinarily Beautiful Document': Jefferson's 'Bill for Proportioning Crimes and Punishments' and the Challenge of Republican Punishment". En *Modern Histories of Crime and Punishment* (115-150). DUBBER, M. D. y FARMER, L. (eds.). Stanford: Stanford University Press.
- DUVE, T. (2014). "German Legal History: National Traditions and Transnational Perspectives". En *Rechtsgeschichte*- 22, pp. 16-48 <http://dx.doi.org/10.12946/rq22/016-04>.
- FARMER, L. (1997). *Criminal law, tradition and legal order. Crime and the genius of Scots law, 1747 to the present*. Cambridge: Cambridge University Press.
- FARMER, L. (2007). "Criminal Responsibility and the Proof of Guilt". En *Modern Histories of Crime and Punishment* (42-65). DUBBER, M. D. y FARMER, L. (eds.). Stanford: Stanford University Press.
- FONTÁN BALESTRA, C. ([1953] 1998). *Derecho penal. Introducción y parte general*, 16ª ed. actualizado por Guillermo A. C. Ledesma. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- FOUCAULT, M. (1979). *Discipline and Punish. The Birth of Prison*. New York: Random House.
- GARRIGA, C. (2004). "Historia y derecho, historia del derecho". En *Istor. Revista de historia internacional*, CIDE, México, 16, pp. 3-8
- GARRIGA, C. (2004b). "Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen". En *Istor. Revista de historia internacional*, CIDE, México, 16, pp. 13-44.
- GORDON, R. W. (1984). "Critical Legal Histories". En Faculty Scholarship Series. Paper 1368, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1368 (consultado 9/5/2017)
- GORDON, R. W. (1996). "The Struggle over the Past". En Faculty Scholarship Series. Paper 1349, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1349 (consultado 9/5/2017).
- HAY, D. (1975). "Property, Authority and the Criminal law". En *Albion's Fatal Tree: Crime and Society in Eighteenth-Century England* (17-63). HAY, D. et al. (eds.). London: Allen Lane.
- HESPANHA, A. M. (1993). *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- HESPANHA, A. M. (2002). *Cultura jurídica europea, síntesis de un milenio*. Madrid: Tecnos.
- HORWITZ, M. J. (1997). "Why is Anglo-American Jurisprudence Unhistorical?". En *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 17 (winter 1997), pp. 551-586
- KOSELLECK, R. (1993). *Futuro pasado. Para una semántica de los tiempos históricos*. Barcelona. Paidós.
- LACCHÈ, L. y MECCARELLI, M. (eds.) (2012). *Storia della giustizia e storia dell diritto. Prospettive europee di ricerca*. Macerata: Università di Macerata.
- LARDIZÁBAL Y URIBE, M. (1782). *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma.* , Madrid: Joachin Ibarra.
- LASCANO (H), C. J. (Dir.) (2000). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General, T. I*. Córdoba: Advocatus.
- LASCANO (H), C. J. (Dir.) (2005). *Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio*, 1ª reimpresión. Córdoba: Advocatus.
- LAWRENCE, P. (2012). "History, criminology and the 'use' of the past". En *Theoretical Criminology*, 08/2012, Volumen 16, Número 3, pp. 313-328.
- LORENTE, M. (coord.) (2007). *De justicia de jueces a justicia de leyes. Hacia la España de 1870*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- LUCCHINI, L. ([1899]1905). *Elementi di Procedura Penale*, 3ed. Firenze: Barbèra Editore.
- MAIER, J. ([1989] 1996). *Derecho Procesal Penal*, Tomo I – Fundamentos, 2ª edición, Buenos Aires: Editores del Puerto.
- NORRIE, A. (2014). *Crime, Reason and History: A critical Introduction to Criminal Law*, 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press.
- NÚÑEZ, R. C. ([1960] 1987). *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I – Parte General, 2da ed. 2ª reimpresión, Córdoba: Marcos Lerner.
- NÚÑEZ, R. C. ([1972] 2009). *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 5ta ed. actualizada por Roberto E. Spinka, Córdoba: Lerner Editora.
- NÚÑEZ, R. C. ([1972] 1981). *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed. Córdoba: Lerner Editora.

- PALTI, E. (2005), "De la Historia de las 'Ideas' a la Historia de los 'Lenguajes Políticos'. Las escuelas recientes del análisis conceptual. El panorama latinoamericano". En *Anales*, Instituto Iberoamericano, Universidad de Göteborg, N° 7-8, pp. 63- 82.
- PASTOR, D. (2006). "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos". En *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, II, versión disponible en <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/pastor.htm#n41> (consultado el 03/07/15).
- PÉREZ BARBERÁ, G. Y AGÜERO, A. (2012). "Contrapunitivismo y neopunitivismo. Perspectiva histórica y moral". En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, Año II, n. 2, marzo 2012, pp. 249-263.
- ROBERTS, S. (1983). "The study of Disputes: Anthropological Perspectives". En *Disputes and settlements. Law and human relations in the West* (1-24). BOSSY, J. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- ROXIN, C. (1997). *Derecho penal. Parte General*. T. I, trad. de la 2ª ed. alemana. Madrid: Civitas.
- RÜSEN, J. (2012). "Tradition: A Principle of Historical Sense-Generation and Its Logic and Effect in Historical Culture". En *History and Theory*, 51 (December 2012), pp. 45-59.
- SOLER, S. ([1940] 1992). *Derecho Penal Argentino*. 5ta ed. 10ª reimpresión, actualizado por Guillermo Fierro. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.
- SOLER, S. (1956). *Fe en el Derecho y otros ensayos*. Buenos Aires: Tipografía Editora Pública.
- SRIKANTAN, G. (2014). "Towards New Conceptual Approaches in Legal History: Rethinking "Hindu Law" through Weber's Sociology of Religion". En *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches* (101-128). DUVE, T. (ed.). Frankfurt: Max Planck Institute for European Legal History.
- TARELLO, G. (1995). *Cultura jurídica y política del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- TAU ANZOÁTEGUI, V. (2010). *El futuro de la historia jurídica en las Aulas*. Córdoba: Advocatus.
- TAU ANZOÁTEGUI, V. Y AGÜERO, A. (coords.) (2013). *El derecho local en la periferia de la Monarquía Hispana. El Río de la Plata, Tucumán y Cuyo. Siglos XVII-XVIII*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. (1969). *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*. Madrid: Tecnos.

- VÉLEZ MARICONDE, A. ([1956; 1969] 1982). *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, 3ra ed. 1ª reimpresión, actualizada por Manuel N. Ayán y José I. Cafferata Nores. Córdoba: Marcos Lerner.
- VÉLEZ MARICONDE, A. Y SOLER, S. (1938). *Proyecto de Código de procedimiento penal*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.
- ZAFFARONI, E. R. Y CROXATTO, G. L. (2014). "El pensamiento alemán en el derecho penal argentino". En *Journal of the Max Planck Institute for European Legal History*, 22, pp. 192-212
- ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. Y SLOKAR, A. ([2000] 2002). *Derecho Penal–Parte General*, 2da ed. Buenos Aires: Ediar.
- ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. Y SLOKAR, A. ([2005] 2007). *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2da ed. – 1ª reimpresión. Buenos Aires: Ediar.
- ZAFFARONI, E. R. ([1989] 2003). *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*. 3ª reimpresión. Buenos Aires: Ediar.
- ZAFFARONI, E. R. ([1980] 1998). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Tomo I. Buenos Aires: Ediar.

SCOTTI, LUCIANA B., *Manual de Derecho Internacional Privado*. Editorial Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2017; 1104 págs.

Por Christian G. Sommer*

Recibido: 20/06/2017

Aceptado: 30/06/2017

La presente obra en formato de manual que la Dra. Scotti nos brinda, representa una de las primeras obras en referencia comentada del nuevo régimen del derecho internacional privado legislado a partir del Código Civil y Comercial. Pero a la vez, nos refleja un detallado trabajo de estudio de las doctrinas presentes en éstas últimas décadas y la jurisprudencia que los tribunales han ido plasmando. Este último método de integración de los contenidos prácticos de los temas de derecho internacional privado, sin duda representa un aporte a ser destacado de la obra. Se pueden apreciar diversos trabajos doctrinarios o incluso textos comentados de las nuevas normas del régimen iusprivatista internacional, pero que carecen de las referencias jurisprudenciales básicas (y sobre todo actuales) que todo destinatario de un manual debe contar.

La autora, con acierto a la nueva realidad en la que se ve inmerso el derecho internacional privado, decide reflexionar y contextualizar esta disciplina en perspectiva de los nuevos tiempos (Cap I). Por ello no solo que esboza cuales han sido las definiciones del derecho internacional privado de diversos doctrinarios nacionales, sino que a la vez, introduce al lector en las consecuencias y desafíos de la implementación del derecho en un mundo globalizado y de una sociedad de la información. Este derecho internacional privado implica una constante adaptación y apertura de nuevos caminos en la medida que pretenda dar respuesta a las múltiples realidades que se presentan en la actualidad y que no necesariamente fueron previstas por los legisladores o los redactores de convenios internacionales. Brindar esta perspectiva desde la cual se debería estudiar y consultar el derecho internacional privado es un aporte a destacar. En el contexto de brindar estas nuevas perspectivas de abordaje del derecho, la autora demuestra un arduo trabajo de sistematización de la doctrina internacional y nacional que posibilita al lector acercarse a los postulados teóricos de la disciplina. Pero no solo lo plasma en las primeras páginas de la obra, sino que es de desatacar el manejo y cita de una amplia

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Internacional Privado, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

doctrina, que plasma la apertura de criterio de la autora para reflejar las diversas posturas de la doctrina, no siendo mezquina en evitar citar a unos sobre otros.

Como toda obra de estudio del derecho disciplinar, el presente manual brinda los aportes del abordaje de la materia tanto en cuanto a sus contenidos generales y teóricos, como una parte especial, dedicada al desarrollo de diversas áreas de aplicación del derecho internacional privado.

Los aspectos introductorios de la disciplina a través de poder encausar claramente cuáles son las fuentes del actual derecho internacional privado aplicable en el país (Cap. II), permite al destinatario de la obra, conocer con detalle las diversas regulaciones que la disciplina conlleva, ya que el proceso codificador iusprivatista nacional previsto en el Título IV del Libro Sexto del nuevo Código Civil y Comercial, no ha eliminado el pluralismo jurídico en que se caracterizó esta materia.

La parte general del abordaje de derecho internacional privado, la autora lo dedica primordialmente al análisis de los tres grandes pilares sobre los que se conforma la aplicación disciplinaria en la actualidad. Es decir el conocimiento del derecho aplicable (las normas del derecho internacional privado), la jurisdicción nacional, internacional o ad-hoc necesaria para entablar las acciones y mecanismos procesales requeridos, como así también la importancia de poder dilucidar los alcances del posterior reconocimiento y/o ejecución de las decisiones jurisdiccionales adoptadas para la convalidación de este derecho internacional privado. Con simplicidad pero sin que ello le quite calidad académica, la autora aborda las perspectivas de la aplicación del derecho (cap III y IV), mediante los caminos que brindan las clásicas normas conflictuales o indirectas, en contraposición a la aplicación cada vez más evolutivas de normas materiales o directas. El lenguaje y explicaciones desarrolladas por la autora es vital para quienes se introducen por primera vez a la especialidad y necesitan comprender las estructuras y tipologías de conformación de las normas. Junto con esta dualidad de normas clásicas, los desafíos de la aplicación de normas autolimitativas o de carácter imperativo, como normas de policía, brindan el esqueleto normológico de la materia, indispensables para luego introducirse en los problemas metodológicos de su aplicación en los ámbitos jurisdiccionales, tanto de fuente autónoma como de derecho extranjero.

Este último aspecto representa una de las principales características del derecho internacional privado, atento que se le presenta al decisor jurisdiccional, el tener las herramientas claras para poder aplicar el mejor derecho a la solución de la pretensión de las partes de un proceso o decisión administrativa, atento las normas que el propio sistema legal de fuente

interna o convencional le fija. En tal sentido, las nuevas reglas (ahora codificadas) del régimen civil y comercial de la nación, fijan pautas más claras sobre el desafío de la aplicación del derecho extranjero por parte de un decisor jurisdiccional. La autora para ello efectúa un pormenorizado análisis sobre la evolución de posturas más cerradas en cuanto al valor que se le otorgaba y la forma de esgrimirlo, hasta nuestros días donde se acepta la oficialidad del derecho extranjero como norma de validez para resolver situaciones litigiosas. Temas centrales en la aplicación de este derecho extranjero de la mano del instituto del reenvío y sus posturas, (plasmadas ahora en el Código Civil y Comercial), como las necesarias cláusulas de excepción son de clara comprensión para cualquier lector de la obra. A ello debe sumarse las restantes posturas de problemas de aplicación del derecho extranjero como el fraude a la ley, las normas internacionales y nacionales imperativas o de orden público. Es también de destacar que la autora en esta parte del análisis de la aplicación normológica de la disciplina, no elude las observaciones y críticas que se han hecho sobre la redacción final del Libro Sexto del Código Civil en cuanto a los aspectos no regulados tales como problema de las calificaciones, la llamada institución desconocida y los derechos adquiridos (Cap V y VI).

El segundo “pilar” del estudio del derecho internacional privado es abordado por la autora en lo referente a la jurisdicción (Cap VII). En tal sentido, la obra brinda los conocimientos necesarios para introducirse en los diversos tipos de jurisdicción aplicable a una situación (ya sea mediante acciones legales o pedidos de cooperación internacional) de índole directa o indirecta. Estos aspectos son de vital importancia para el conocimiento de la materia, atento que el desconocimiento de la adecuada jurisdicción aplicable a un caso o el conflicto de jurisdicciones frente a normas que brindan múltiples fueros jurisdiccionales, conllevan también otras formas de aplicación del derecho internacional privado. Con claridad la autora introduce temas que aunque parezcan de menor relevancia, muchas veces en la práctica son causales de impedimento de accionar en jurisdicciones foráneas, como los casos de cauciones de arraigo, falta de beneficio de litigio sin gasto, entre otros. Por su parte, el abordaje de la cooperación internacional y su incidencia en la tramitación de causas, refleja la importancia que viene teniendo la aplicación del derecho internacional privado en nuestras sociedades. Es este aspecto que conforma el tercer “pilar” de los aspectos generales de la disciplina comentada. En la actualidad es de relevancia no solo poder esgrimir la norma más adecuada ante la jurisdicción más propicia para el caso, sino saber de antemano (incluso), las posibilidades de concreción de la disputa o pretensión legal, según los mecanismos de cooperación antes, durante y posterior a las actuaciones jurisdiccionales (Cap VIII y IX).

La parte especial de la obra está dedicada al análisis de los aspectos más relevantes de la regulación jurídica ius privatista internacional argentina. Sin duda la persona humana, como destinataria principal de la mayoría de la regulación jurídica de un país, es un capítulo central en la obra (Cap X). Los estatutos de la persona física conllevan elementos de vital importancia en cuando al tipo de aplicación que se dará del derecho internacional y el abordaje de la autora permite una cabal aproximación al temario. Junto con el aspecto personal, los temas relativos al derecho de familia y en lo particular al régimen matrimonial y convivencial (Cap XI), implican un pulido abordaje de su regulación e derivaciones, ya que es en este aspecto como en lo atinente al régimen de regulación y protección de los niños, niñas y adolescentes, como la filiación, la adopción, la responsabilidad parental y su restitución por retención indebida (Cap. XII, XIII, XIV y XVI) donde más han impactado las reformas legislativas de adaptación de aspectos internacionales y nacionales de contenido sustancial o procesal. Es dable de volver a señalar, el acierto de la autora en ir reflejando los diversos tópicos de la obra con una adecuada jurisprudencia de referencia que permite al lector conocer los avances de la práctica tribunalicia nacional e internacional.

Las obligaciones alimentarias (muchas veces de difícil concreción por falta de cooperación internacional) son detenidamente analizadas atento el impacto que vienen teniendo en las disputas por razones matrimoniales y con mayor incidencia en las relativas a las obligaciones de responsabilidad parental (Cap XV).

Dos aspectos que no suelen ser abordados por la mayoría de los manuales y textos generales de derecho internacional privado lo constituyen el tráfico y la trata de niños (Cap XVII). Para ello la autora despliega un acorde análisis sobre las fuentes convencionales y autónomas que procuran poner límites a estas prácticas que, no poder ser poco conocidas, son de escasa práctica y conllevan unas de las peores formas de comercio y esclavitud moderna contra las personas más vulnerables.

Aunque sin mayores avances normativos sobre los aspectos de fuente autónoma, convencional o regional, el régimen sucesorio dentro del derecho internacional privado (Cap. XVIII) sigue representando importantes consecuencias a nivel de derecho aplicable atento las posturas teóricas que influyen en la materia. Unidad *versus* fragmentación de procesos sucesorios por la dispersión de bienes del causante en dos o más países, requieren un leguaje y explicaciones claras que la autora refleja en la obra. En correlación a los aspectos materiales de estos procesos, como afrontar la regulación de los bienes internacionalmente dispersos es tratado en otro desarrollo temático (Cap. XIX). En un mundo más globalizado con el impacto de

las tecnologías y los medios de movilidad, las personas físicas y jurídicas adquieren bienes en múltiples jurisdicciones que al momento de disponer de ellas y generar efectos jurídicos en diversos ámbitos nacionales o extranjeros, deben ser adecuadamente encuadrados. La forma de los actos jurídicos (Cap. XX) como otros aspectos son abordados con un lenguaje muy claro, lo que demuestra el conocimiento de la autora en los diversos temas de la materia.

La creciente movilidad humana de este siglo conlleva que se profundicen los efectos que pueden generarse por esas acciones. En tal sentido, situaciones de regulaciones de accidentes de tránsito, aéreos, marítimo o ferroviarios, daños ocasionados por defecto de productos, menoscabos contra el honor o las acciones civiles por daños a las personas, implican un abordaje sobre la responsabilidad extrapatrimonial (Cap. XXI) que todo estudiante o abogado debe conocer para estar preparado a un mundo de multiplicidad de realidades litigiosas.

En lo que respecta a las obligaciones y consecuencias patrimoniales dentro de derecho internacional privado, los contratos internacionales (Cap XXII y XXIII) merecieron un abordaje detallado por parte de la autora. Este fenómeno de acuerdos jurídicos con impactos internacionales, es un tema central para toda persona interesada en aspectos de regulación iusprivatista internacional. El fenómeno del comercio internacional, ya no se circunscribe a los típicos contratos de compraventa internacional de mercaderías, sino que la actualidad requiere el acceso a conocimientos sobre “nuevas” modalidades contractuales. El fenómeno de las tecnologías permite modalidades de contrataciones electrónicas, tanto con fines netamente comerciales, de consumo o turísticos es donde aún existen ciertos vacíos legales a ser considerados y en tal sentido la autora los alude con buen tino.

No por ser menos estudiados o considerados por la doctrina nacional, la autora alude el desarrollo de la regulación de los títulos valores y sus implicancias de índole transnacional (Cap. XXIV).

En los últimos espacios de esta amplia obra, se destaca el análisis que desde el derecho internacional privado se viene dando al arbitraje (comercial) internacional (Cap. XXV). Junto con la elección de una buena regulación jurídica de un contrato, es vital saber prever las vicisitudes que puedan surgir de una relación comercial. Para ello el mecanismo extra jurisdiccional nacional del arbitraje, posibilita a las partes medios de flexibilidad procesal para una adecuada y diligente solución de un problema en la implementación del contrato o en su caso final, para resolver una disputa sobre el incumplimiento del contrato.

Relacionados a los temas comerciales de los contratos y del arbitraje, las personas jurídicas que expanden sus actividades en el extranjero, merecen una mirada especial y por

ende una continua regulación de sus alcances (Cap. XXVI). Como bien se menciona, este aspecto no está íntegramente regulado en el régimen del Código Civil y Comercial, sino que persisten en el régimen jurídico de fuente interna, un pluralismo normativo de normas generales en el Código Civil y Comercial y en leyes especiales de índole societarias. Igual comentario se refleja en las normas de incidencia iusprivada internacional frente al régimen de la insolencia con efectos transfronterizos por dispersión del patrimonio del fallido (Cap. XXVII)

El temario final de la obra está destinado a un abordaje que en algunos textos de la materia han sido eliminados o poco considerados. El desarrollo que efectúa la autora de la fuente interna y convencional sobre la extradición como mecanismo de cooperación penal internacional (cap. XXVIII) permite tener presente un tópico que, aunque no es propio del mundo cotidiano de abogado iusprivatista, conlleva en la práctica un espacio de práctica poco desarrollada por los profesionales. Es en las particularidades de los aspectos procesales y en menor medida sustanciales de la materia que es dable profundizar en esta obra para interiorizarse de su funcionamiento.