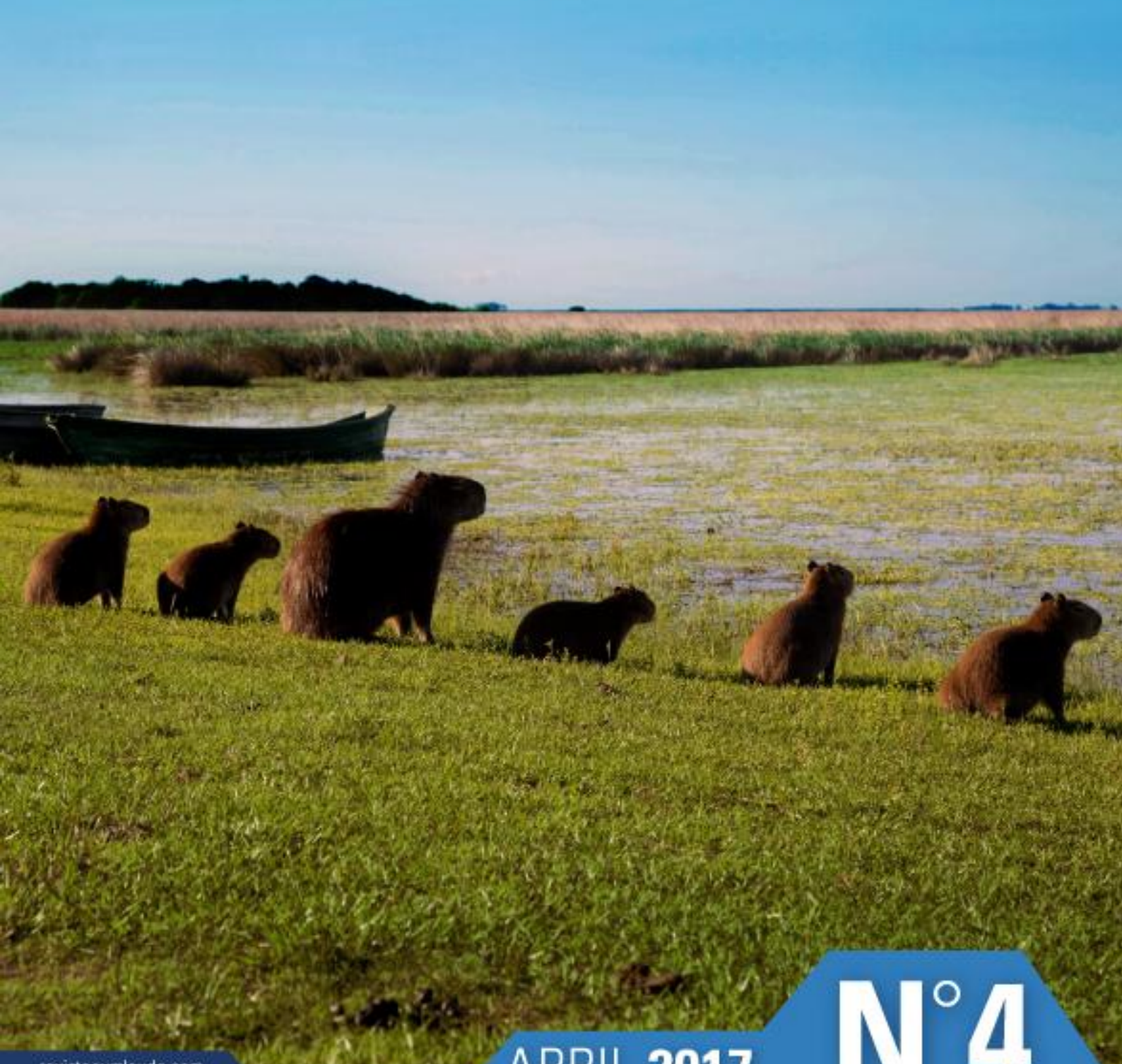


CUM LAUDE

REVISTA DEL DOCTORADO EN DERECHO

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas -UNNE-



revistacumlaude.com

ABRIL 2017

N° 4

Foto: Irma Gamarra. Carpinchos en hilera en la Reserva San Nicolás, Esteros del Iberá, Provincia de Corrientes, Argentina.

**REVISTA DEL DOCTORADO EN DERECHO
CUM LAUDE - N° 4 – ABRIL 2017**

**Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas – U.N.N.E.
Salta N° 459 – C.P. 3400 – Corrientes – Corrientes - Argentina.**

ISSN 2422-6408 (formato digital)

Contacto:

info@revistacumlaude.com

Foto de portada: Irma Gamarra. *Carpinchos en hilera en la Reserva San Nicolás, Esteros del Iberá, Provincia de Corrientes, Argentina.*

La Revista Cum Laude es una publicación del Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste, Corrientes, Argentina. Su

contenido puede ser reproducido, reconociendo debidamente la fuente. Las ideas, expresiones o afirmaciones realizadas son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DEL NORDESTE

RECTORA

Prof. María Delfina VEIRAVÉ

VICERECTOR

Med. Vet. Elvio Eduardo RÍOS

SECRETARIA GENERAL ACADEMICA

Mgter. María Viviana GODOY GUGLIELMONE

SECRETARIA GENERAL ADMINISTRATIVA

Cra. María Cristina TORRES

SECRETARIO GENERAL DE ASUNTOS SOCIALES

Med. Jorge Luis SAUCEDO

SECRETARIA GENERAL DE CIENCIA Y TECNICA

Dra. María Silvia LEONI

SECRETARIO GENERAL DE EXTENSION UNIVERSITARIA

Lic. Juan Alberto IRALA

SECRETARIA GENERAL LEGAL Y TECNICA

Abog. Mónica Andrea ANÍS

SECRETARIA GENERAL DE PLANEAMIENTO

Cra. Esp. Mabel G. YANDA

SECRETARIO GENERAL DE RELACIONES INTERINSTITUCIONALES

Arq. Gustavo Alejandro TRIPALDI

**AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
Y POLÍTICAS**

DECANA

Dra. Verónica TORRES DE BREARD

VICE-DECANO

Dr. Jorge Eduardo BUOMPADRE

SECRETARIO ACADÉMICO

Dr. Mario Roberto VILLEGAS

SECRETARIA DE INVESTIGACIÓN Y VINCULACIÓN INTERNACIONAL

Dra. Hilda ZÁRATE

SECRETARIA DE POSGRADO

Dra. María Susana SURT

SECRETARIO ADMINISTRATIVO Y DE PLANEAMIENTO

Cr. Enzo BERARDI

SECRETARIO DEL H. CONSEJO DIRECTIVO (a cargo)

Dr. Mario Roberto VILLEGAS

SECRETARIO DE EXTENSIÓN UNIVERSITARIA

Dr. Mario Roberto VILLEGAS

SECRETARIO DE ASUNTOS ESTUDIANTILES

Dr. Gerónimo PUJOL

REVISTA CUM LAUDE DEL DOCTORADO EN DERECHO

DIRECTOR

Dr. Aldo Pedro CASELLA

CONSEJO DE REDACCIÓN

(Por orden alfabético)

Dra. Juana Alicia BARANDA

Dra. Susana Alejandra FRIDMAN

Dra. María Victoria GALLINO YANZI

Dr. José Osvaldo LEDESMA

Dra. Diana Emilce LÓPEZ SÁNCHEZ

Dra. Ana Julia PÉREZ

Dr. Dardo Rodolfo RAMÍREZ BRASCHI

Dra. Haraví Eloísa RUÍZ

CONSEJO ACADÉMICO

(Por orden alfabético)

Dr. José Manuel BENVENUTTI

Dr. Salvador Darío BERGEL

Dr. Oscar Manuel BLANDO

Dr. Jorge Eduardo BUOMPADRE

Dr. Raúl Aníbal ETCHEVERRY

Dr. Ricardo A. GUIBOURG

Dra. Amanda Estela KEES

Dra. Aida KEMELMAJER DE CARLUCCI

Dr. Raúl Gustavo LOZANO

Dr. Miguel Ángel MAZA

Dr. Mario Antonio MIDÓN

Dr. Alejandro MOLINA

Dr. Bernard REMICHE

Dra. Mirta Gladis SOTELO DE ANDREAU

COMITÉ DE REFERATO

(Por orden alfabético)

Dra. Martha ALTABE DE LÉRTORA

Dr. Jorge BARBARA

Dr. Manuel BECERRA

Dra. Alba Esther DE BIANCHETTI

Dr. Enrique GALIANA

Dr. Jorge A. GARCÍA RAPP

Dr. Daniel G. GÓMEZ

Dr. Ramón L. GONZÁLEZ

Dr. Sergio LÓPEZ PEREYRA

Dr. Daniel MACHADO

Dr. Jorge MARIÑO FAGES

Dra. Luz Gabriela MASFERRER

Dra. Nora Elizabeth PACE WELLS DE ELIAS

Dra. Beatriz A. M. PALLARES

Dra. Myriam Consuelo PARMIGIANI DE
BARBARA

Dr. Leonardo PASTORINO

Dr. Rafael PÉREZ MIRANDA

Dr. Nelson Ramón PESSOA

Dr. Efraín Hugo RICHARD

Dr. Jaime RODRÍGUEZ ARANA

Dr. Gustavo SANCHEZ MARIÑO

Dr. Isidoro SASSON

Dra. María S. SURT

Dr. Cesar VALLEJOS TRESSSENS

Dra. María Adriana VICTORIA

Dr. Héctor J. ZIMERMAN

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	1
DOSSIER	
<i>FEDERALISMO Y SOBERANÍA EN LA INSTITUCIONALIZACIÓN CORRENTINA DECIMONÓNICA. BASES PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO ARGENTINO</i>	5
DARDO RAMÍREZ BRASCHI – UNNE	
<i>EL CONTROL EN LA EJECUCIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS. UNA FORMA DE COMBATIR LA CORRUPCIÓN</i>	31
HÉCTOR J. ZIMERMAN – UNNE	
ARTÍCULOS CON REFERATO	
<i>CUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE DERECHO DE FAMILIA</i>	55
ELISA MANUELA SCHULZ – U.N.N.E.	
<i>LA DEMANDA DE CONFESIÓN Y EL PROCESO PENAL</i>	71
FERNANDO CARBAJAL – U.N.N.E.	
<i>¿POR QUÉ LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA?</i>	93
VÍCTOR ENRIQUE MONTENEGRO STOIANOFF – U.N.N.E.	
<i>SISTEMA PROCESAL DISPOSITIVO Y MANDATO PREVENTIVO</i>	109
JOSÉ OSVALDO LEDESMA –U.N.N.E.	

PRESENTACIÓN

Con la publicación de este cuarto número consolidamos el reconocimiento de la Revista CUM LAUDE a partir de la recepción continua de trabajos para ser sometidos a evaluación lo que significa, no solamente un creciente interés en nuestra publicación, sino también el reconocimiento de la seriedad para la admisión de los trabajos.

En la sección de publicaciones con referato de esta entrega, es notoria la mayoría de trabajos dedicados a profundizar temas procesales en diversas ramas, todos caracterizados por su novedad. En el titulado Cumplimiento de las Resoluciones Judiciales en los Procesos Judiciales de Derecho de Familia, la autora Elisa Manuela Schulz advierte la dificultad de ejecutar las decisiones en los procesos de familia, en especial cuando disponen obligaciones de hacer o no hacer, e indaga sobre la aplicación de condenaciones conminatorias o astreintes como herramienta efectiva.

En el ámbito del proceso civil en su trabajo Sistema Procesal Dispositivo y Mandato Preventivo, José Osvaldo Ledesma enuncia, ante todo, la relación de “inflexión” entre la estructura procesal dispositiva y el moderno instituto del mandato preventivo que forma parte de la caracterizada como jurisdicción preventiva. A partir de allí describe las principales manifestaciones de la jurisdicción dispositiva y de las principales figuras de la jurisdicción preventiva, de la que se hace eco el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación receptando la idea de tutela judicial efectiva. Considerando el mandato preventivo o cautelar humanitaria reseña sus elementos caracterizantes, la aplicación jurisprudencial, y finalmente responde a interrogantes propuestos al inicio del artículo; en primer lugar los fundamentos de la figura, que los encuentra en la responsabilidad social de los jueces, y luego la cuestión del derecho de defensa, enrolándose en la corriente que sostiene que no lo afecta en atención a que la medida no se agota en sí misma y permite remedios como en el caso de las medidas cautelares adoptadas inaudita parte.

El aporte al proceso penal lo hace Fernando Carbajal en La demanda de Confesión y el Proceso Penal. En su artículo destaca que en los sistemas procesales penales tradicionales se pretende y espera que el acusado confiese, lo que reconoce un origen religioso demostrado en los trabajos de Foucault. El proceso penal abandonó la demanda de confesión, como producto de la lucha cultural entre inquisición y lo

acusatorio, entre cultura inquisitiva y contracultura acusatoria y adversarial. Actualmente, aunque innegablemente se ha civilizado este acto, la indagatoria continúa vigente como uno de los momentos centrales del proceso, aunque en los códigos adversariales modernos la declaración del imputado sólo existe cuando él lo decide. Esta es una modificación sustancial del nuevo Código Procesal Penal de la Nación, ley 27.063, al haber eliminado el acto de citación a prestar declaración, la cual se halla prevista como acto voluntario del acusado.

Otra temática, entre los trabajos publicados con referato, aborda Víctor Enrique Montenegro Stoianoff preguntándose ¿Por qué la participación ciudadana? Para responderlo realiza un análisis crítico de algunas teorías que intentaron explicar lo que es la democracia con participación ciudadana. Sin embargo, el autor advierte que frente a las corrientes positivas que buscan el interés general en el conflicto participativo, otros autores evidencian la imposibilidad de lograr el interés general a través de la participación ciudadana. En la primera corriente necesariamente refiere a las teorías de Dworkin y Rawls. En Dworkin la participación constituye uno de los principios de la interpretación democrática comunitaria, mientras Rawls relaciona la participación ciudadana con la desobediencia civil. Como teorías contradictorias, en relación a la participación ciudadana, el autor reflexiona sobre el desacuerdo político en Ranciere y el derecho como lucha en Von Ihering.

En el Dossier, contamos con el inestimable aporte de dos destacados profesores de nuestra alta Casa de Estudios. El Prof. Héctor Zimmerman, quien también incursiona en los mecanismos e institutos que sirven para consolidar las actuales democracias de los países subdesarrollados, que expresivamente caracteriza como democracias “rengas”, abordando el problema de la corrupción. Su artículo El control en la ejecución de políticas públicas. Una forma de combatir la corrupción expone, con sólidas referencias doctrinarias, sobre la crisis e insuficiencia del diseño institucional argentino y el control de las políticas públicas como requisito necesario para la democracia. Finalmente desarrolla el sistema de controles, que clasifica en punitivos, intra-poderes y extra-poderes. Como destaca el autor, al fundamentar el control como requisito de la democracia, el principio de accountability deviene de la caracterización de un sistema político como republicano y su eje principal se basa en la distinción entre lo público y lo privado, lo que pone en evidencia la importancia del tema en momentos en que es


difícil distinguir entre administradores de la cosa pública y gestores de intereses privados.

Federalismo y soberanía en la institucionalización correntina decimonónica. Bases para la construcción del Estado Argentino es el título de la publicación del Prof. Dardo Ramírez Braschi. Sobre la base de la singularidad del federalismo argentino, el autor indaga sobre el protagonismo de Corrientes en la construcción del sistema federal en sus primeras décadas, demostrando su aporte político y a la construcción normativa. Pero lo que me interesa destacar, y por eso he dejado este comentario para el final de la presentación del nuevo número de CUM LAUDE, es que el título del trabajo corresponde a la tesis que presentó y defendió con éxito para la obtención del título de Doctor en Derecho en la Carrera de Doctorado en Derecho de nuestra Facultad. El artículo es así un resumen de su documentado y erudito trabajo. De esta manera queremos expresar al Doctor Ramírez Braschi nuestra satisfacción por la obtención del título, como así también reconocer el importante aporte de su artículo a la jerarquización de la Revista del Doctorado.

Finalmente, considero oportuno invitar a los actuales y futuros egresados a publicar en esta sección los resultados de sus tesis, pues esta publicación también tiene por finalidad difundir los resultados de la Carrera de Doctorado en Derecho.

Dr. Aldo Pedro Casella

Director REVISTA CUM LAUDE



Dossier

SÍNTESIS DE TESIS DE DOCTORADO EN DERECHO¹

FEDERALISMO Y SOBERANÍA EN LA INSTITUCIONALIZACIÓN CORRENTINA DECIMONÓNICA. BASES PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO ARGENTINO

DARDO RAMÍREZ BRASCHI²

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL NORDESTE

Explicar la construcción del Estado argentino necesariamente expone a interrogantes complejos por resolver por la singularidad de su federalismo y su proceso evolutivo. Algunos interrogantes adquieren ribetes abrumadores porque se trata de un país cuya forma de Estado es federal pero, paradójicamente, de facto tolera el funcionamiento de un genuino sistema administrativo centralizado. La respuesta requiere de múltiples aproximaciones, pero en esta oportunidad nos propondremos revelar el rol protagónico que tuvo la provincia de Corrientes en la construcción federalista del Estado argentino durante el siglo XIX.

Al haber adoptado el país el federalismo como forma de Estado, se plantearon numerosas y significativas cuestiones que aún no se hallan resueltas, no solamente en

¹ Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas UNNE. Resolución N°186/16 C.D. Jurados: Dr. Mario R. Villegas; Dr. Jorge Raúl Mariño Fages; Externo: Dr. Carlos Alberto Cozzi; Suplente: Dr. Sergio López Pereira. Fecha de defensa: 01/09/2016, fijada por Resolución N°1205/16 de Decanato. Dictamen: Sobresaliente (10) Cum Laude, con recomendación de publicación.

² Abogado. Magister en Ciencias Políticas (UNNE). Doctor en Derecho (UNNE). Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de la Historia de la República Argentina. Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de la República Argentina. Presidente de la Junta de Historia de la provincia de Corrientes. Profesor Titular de la cátedra de Historia Constitucional Argentina de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste.

**FEDERALISMO Y SOBERANÍA EN LA INSTITUCIONALIZACIÓN CORRENTINA DECIMONÓNICA.
BASES PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO ARGENTINO**

relación a las competencias jurídicas de las unidades territoriales internas sino también en cuanto al origen histórico de las mismas y, por sobre todas las cosas, los vínculos, interrelaciones e influencias de las provincias con el Estado Nacional.

Precisamente esta última interesante cuestión es objeto de estudio de nuestra tesis, más precisamente los aportes doctrinarios, institucionales y políticos aportados por la provincia de Corrientes en la construcción del federalismo argentino en su etapa de construcción decimonónica.

Es el objeto de este trabajo conocer, analizar y explicar las construcciones virtuosas y las edificaciones predeterminadas de la organización federal de la Argentina en el marco por el cual los sucesos políticos institucionales vinculados a la provincia de Corrientes impactaron definitivamente en la construcción del Estado federal argentino.

No es un estudio específico sobre la evolución cronológica del federalismo rioplatense, sino de los determinantes aportes que la evolución política e institucional de la provincia dieron características al federalismo local, produciendo al efecto distintos accidentes institucionales que desencadenaron en procesos políticos determinantes para la construcción del Estado Nacional.

El divorcio entre las connotaciones políticas y económicas desbordó en la tragedia actual de las provincias argentinas, cuya causa y devenir fundante se desarrolla en el siglo XIX, período que nos abocamos a estudiar. Los sucesos que amoldaron el federalismo en el siglo XX y XXI son consecuencia del crucial siglo decimonónico.

En estos interrogantes sobresalen algunos que merecen la atención: ¿Corrientes, como provincia fundadora, con qué intensidad propuso cambios en el nuevo orden estadual que se conformó después de la Revolución de Mayo de 1810? ¿Cómo el poder hegemónico que inicialmente ejercía Buenos Aires a través de su Aduana en el período preconstituyente (1810-1852) transmutó y se incorporó en las fibras más íntimas del

Estado Nacional? y ¿Cómo ese Estado Nacional cumple hoy el rol de la añeja Aduana porteña? ¿Qué papel cumplió la provincia de Corrientes en aquél juego de equilibrios? ¿Qué planteo innovador propuso la provincia para fortalecer los pactos preexistentes que conformaron el Derecho Público provincial? Una vez constituido el Estado Nacional, ¿qué rol le cupo a Corrientes en ese novedoso escenario en que el Estado Nacional era dubitativo y de débil formación?

Estos y muchos otros interrogantes tendrán respuesta en el desarrollo del estudio de esta tesis. Pero también a la vez irán generando nuevos interrogantes que son parte del federalismo contemporáneo argentino.

La Constitución Nacional de 1853 establece en su artículo primero la forma federal de estado. El artículo cinco clarifica las facultades de las autonomías provinciales y la sección referente a las provincias garantiza su identidad y facultades políticas. La instrumentación práctica de aquellas disposiciones constitucionales confirman tan sólo aquél débil marco incompleto de un federalismo político sin ningún sustento económico, que garantice a las provincias sus autonomías locales, y sin ello no se podrá garantizar su funcionamiento político.

La no yuxtaposición entre federalismo político y económico será una de las cuestiones medulares irresueltas que representan parte trascendente en la evolución histórica argentina, agravándose con el tiempo y pronunciándose cada vez más, visualizándose con más claridad en las primeras décadas del siglo XIX.

En la actualidad el federalismo argentino es virtual, muy distante de aquél que fue intención de los primeros hombres que lo propusieron.

Luego de la organización nacional, la metamorfosis de Buenos Aires convirtiéndose después en Estado Nacional, marcará las pulsaciones políticas y nacionales del federalismo argentino. De allí en más la “ciudad tentacular” al decir de

**FEDERALISMO Y SOBERANÍA EN LA INSTITUCIONALIZACIÓN CORRENTINA DECIMONÓNICA.
BASES PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO ARGENTINO**

Manuel Gálvez³ o la “cabeza de Goliat” citando a Ezequiel Martínez Estrada⁴, adquieren configuraciones verdaderas en un Estado Nacional cada vez más fortalecido en desmedro de las autonomías provinciales.

Estas reflexiones iniciales sirven como introductorias a la cuestión central de nuestra preocupación: el federalismo argentino y el protagonismo de Corrientes, que configuran los ejes investigativos sobre el rol y genuino aporte que gestó la provincia para la organización federal argentina; cuáles fueron sus aportes particulares; las instituciones políticas propuestas por la provincia; los rasgos institucionales de los perfiles federales incorporados el Estado Nacional desde Corrientes.

La presente investigación examina y elabora la construcción de la idea del federalismo y las manifestaciones de soberanía en los primeros años institucionales de la provincia de Corrientes, buscando una explicación en el protagonismo estadual que abarcó. Se propone cubrir el marco temporal de varias décadas del siglo XIX (1810-1870), en el cual se van conformando paralelamente las demás provincias del Río de la Plata, que darán construcción definitiva al Estado Nacional.

Esta elaboración dentro del marco de la Historia del Derecho será base para la explicación de los principales comportamientos actuales del federalismo político e institucional.

En la evolución y desarrollo de lo que hoy denominamos República Argentina han tenido las Instituciones estadales un proceso particular que ha configurado la identidad de todas ellas. En el marco temporal del siglo XIX se fueron perfilando las aristas estadales de lo que conformará -después de 1853- un inicio de conciliación de

³ Gálvez, Manuel. *El diario de Gabriel Quiroga: opiniones sobre la vida argentina*. Ed. Taurus, Buenos Aires, 2001.

⁴ Martínez Estrada, Ezequiel. *La cabeza de Goliat*. Centro Editor de América Latina S. A. Buenos Aires, 1968.

Estado Nacional que tomará fuerza a partir de la batalla de Pavón (1861). Pero para llegar a este estadio dentro de la evolución del federalismo argentino, las provincias fueron eslabón necesario para su construcción y consolidación. Las provincias - preexistentes al Estado Nacional- fueron las que dieron marco institucional e ideológico.

El marco temporal abarca el estudio desde los primeros momentos independentistas hasta la consolidación institucional correntina en la década de 1870, ya que interesa dilucidar los principales aportes del pensamiento federal correntino y sus contribuciones para la construcción del Estado federal.

El tema reviste importancia ya que se buscará dilucidar cómo surgieron las instituciones locales y sus reclamos de soberanía particulares, y cómo se ensamblan en la construcción del federalismo argentino en las primeras décadas. Con el estudio de este tema comprenderemos, en gran parte, la identidad de las instituciones locales y a la vez determinaríamos detalladamente -en el período que nos ocupa- la importancia de la gestación y formación de las instituciones republicanas con un fuerte componente de ideas federales, las que marcarán definitivamente la formación estadual argentina y que perdurarán hasta nuestros días.

La presente investigación tiene un doble origen: teórico y empírico. El estudio en sí mismo (teórico) constituye una investigación que aporta nuevas interpretaciones al rol correntino en la evolución histórica institucional del federalismo regional y nacional.

Temporalmente abarca las primeras décadas de formación de la soberanía y el federalismo correntinos, desde el momento de la revolución independentista hasta los enfrentamientos entre Corrientes y el Estado Nacional constituido éste después de la década de 1860.

La identificación del período se fundamenta en que es nuestra meta el escudriñar el federalismo y la soberanía local en los años de formación, su transformación y

**FEDERALISMO Y SOBERANÍA EN LA INSTITUCIONALIZACIÓN CORRENTINA DECIMONÓNICA.
BASES PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO ARGENTINO**

proyección. El espacio de análisis territorial está ligado al ámbito de la provincia de Corrientes.

En el aspecto empírico y concreto, la investigación toma como punto de partida el período de transición donde se construyeron las nuevas instituciones en el Derecho Público correntino, tomando como antecedente diversos aspectos de la influencia de las ideas federales en la formación del Estado provincial y nacional. Los estudios específicos sobre la formación doctrinaria del federalismo desde la provincia de Corrientes no son abundantes, más aún desde una perspectiva institucional y jurídica desde el eje del Derecho Público provincial.

Es materia pendiente aún el estudio específico e interpretativo del federalismo argentino desde los aportes y perspectivas de la provincia de Corrientes. Localmente sólo Hernán Félix Gómez, con su vasta bibliografía publicada, se ha abocado esporádicamente al tema en algunos aspectos de sus eruditos estudios. Gómez, en su frondosa producción publicada, realiza análisis o comparaciones institucionales en libros como “*Instituciones de la Provincia de Corrientes*”⁵ y “*Bases del Derecho Público Correntino*”⁶.

También hicieron sus aportes Wenceslao Domínguez en su libro “*El primer Congreso correntino*” y Justo Díaz de Vivar con “*Las luchas por el federalismo*”⁷. Solamente Gómez interpretó la cuestión desde una perspectiva institucional y jurídica, sobre todo en los tres tomos de su obra *Bases del Derecho Público Correntino*. En sus descripciones se detallan la evolución constitucional correntina y el análisis de diversas

⁵ Gómez, Hernán, *Instituciones de la Provincia de Corrientes*. Buenos Aires. J. Lajouane. Año 1922.

⁶ Gómez Hernán Félix. *Bases del Derecho Público Correntino*. Tomo I. Editorial Corrientes. Corrientes. Año 1926.

⁷ Díaz de Vivar Justo. *Las luchas por el federalismo*. Editorial Viau y Zona, Buenos Aires, 1936.

Instituciones que conforman continente de la política provinciana teniendo como objeto la doctrina y la idea federal.

En el presente caso propondremos distintos enfoques y análisis del federalismo de los cuales Gómez hizo referencia parcialmente en sus obras. El historiador correntino sólo abarcó los aspectos descriptivos de la norma legal, a lo que nosotros proponemos un análisis interpretativo desde un ámbito histórico y jurídico.

En su obra “Bases del Derecho Público Correntino” se transcriben todas las Constituciones correntinas, analizando la evolución de los distintos poderes del Estado provincial. Nuestro objetivo es bucear en la normativa de entonces y encontrar las razones de sus causas, de la evolución y los aportes al federalismo por parte de Corrientes en la etapa primera constructora del Estado en el siglo XIX.

Para el análisis de la evolución terminológica del concepto de federalismo y el aporte de la provincia de Corrientes a la construcción de esta forma de Estado, la obra de José Carlos Chiaramonte⁸ ha incursionado en la cuestión, pero desde una perspectiva de reclamos económico-políticos, los que están vinculados también a la faceta político-jurídica en aquella primera etapa del federalismo argentino y el aporte de las innovaciones correntinas al nuevo Estado por crearse.

También ha incursionado en este tema de investigación, pero en un marco nacional, Abelardo Levaggi⁹ quien perfiló sus investigaciones sobre la evolución de la confederación y la federación en la Argentina, principalmente en las primeras décadas de existencia.

⁸ Chiaramonte, José Carlos. *Mercaderes del litoral. Economía y sociedad en la provincia de Corrientes, primera mitad del siglo XIX*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1991; *Ciudades, Provincias, Estados: Origen de la Nación Argentina (1800-1846)*. Ed. Emecé Buenos Aires, 1997.

⁹ Levaggi, Abelardo. *Confederación y Federación en la génesis del Estado Argentino*. Departamentos de Publicaciones. Facultad de Derecho/UBA, Buenos Aires, 2007.

**FEDERALISMO Y SOBERANÍA EN LA INSTITUCIONALIZACIÓN CORRENTINA DECIMONÓNICA.
BASES PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO ARGENTINO**

El desarrollo de esta tesis no escapa al estudio específico sobre nuevos perfiles y visiones en la historia del derecho local y de las Instituciones fuertemente vinculadas a la construcción del sistema federal de gobierno en la República Argentina. En todo este contexto teórico institucional se estudian los sucesos y acontecimientos puntuales de la política correntina que dieron sustento al Derecho Público provincial en formación.

El análisis se considerará desde dos aspectos: locales y nacionales, haciendo un parangón constante y evolutivo hasta hallar en algunos casos la justificación y comprensión de su proceder y sus consecuencias.

Debemos saber que la formación del federalismo en la región evolucionó teniendo en cuenta la fuerza generada de los sistemas políticos y en el seno de la sociedad en que se hallaban insertos. También debemos considerar las transformaciones políticas en ese ámbito.

Pero ni las revoluciones ni las reformas crean todo de nuevo en los añejos sistemas. En las primeras, aunque existe una ruptura del orden jurídico, no se plantea sustituir todo el orden normativo existente sino, más bien, las bases ideológicas en que se sustenta; y en las segundas no hay ruptura del orden jurídico.

Ambas situaciones se plantean constantemente en la formación del federalismo en las provincias de la región. Los cambios de paradigmas se consolidarán cuando la innovación de la idea de federalismo comienza a fortalecerse en las futuras provincias argentinas, y en ese marco la de Corrientes gestó innovaciones doctrinarias para la aplicabilidad del sistema federal en la región.

La presente investigación se encuadra dentro del marco de la Historia del Derecho, y específicamente en el campo de las instituciones del Derecho Público provincial, por lo que aconseja la doctrina especializada la utilización de varios e indistintos métodos de investigación. Puntualmente, respecto al método de la Historia

del Derecho, podemos agregar que con el planteo de Helmut Coing¹⁰, aplicaremos algunas actitudes metodológicas como la reconstrucción del ordenamiento jurídico de la etapa a investigar; la descripción del pensamiento jurídico-político de la época; y la visualización de la organización política y social de la provincia de Corrientes, su marco territorial y jurisdiccional de estudio y su interrelación con el Estado Nacional.

Para el estudio de la evolución del Derecho es importante, tanto en las investigaciones especiales del campo estrictamente jurídico como en las investigaciones pertinentes a cuestiones de integración de la evolución jurídica, delimitar el marco temporal y geográfico de la investigación, aspectos que fueron considerados en la presente tesis.

La aplicación del método comparativo adquiere importancia también en la investigación de la historia del Derecho Público provincial. Ello tiene su fundamento en que el Derecho ha de solucionar problemas de organización que son circunscriptas a distintos espacios geográficos, y por ello también aislables, problema que se plantea de manera semejante en diferentes épocas, por lo que se compararán las Asambleas Constituyentes correntinas y las nacionales en que Corrientes tuvo representación.

El método dogmático se utilizará para reconstruir, por medio de operaciones lógicas, el sistema del Derecho positivo -o alguna de sus ramas- y a partir de allí se conforma el ordenamiento político-jurídico hasta encontrar las explicaciones evolutivas del federalismo correntino, por lo que se analizarán los principios reflejados en la normativa constitucional anteriormente referenciada.

¹⁰ Coing, Helmun. *Las tareas del historiador del Derecho (Reflexiones Metodológicas)*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla 1977. Traducción de Antonio Merchan.

**FEDERALISMO Y SOBERANÍA EN LA INSTITUCIONALIZACIÓN CORRENTINA DECIMONÓNICA.
BASES PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO ARGENTINO**

Pero la cuestión metodológica tiene numerosas aristas, que nos ayudan a encontrar respuestas a nuestros interrogantes. También consideramos la propuesta metodológica de Paul K. Feyerabend, quien sostiene que no existe una sola regla, por plausible que sea, que no sea infringida en una ocasión o en otra. Estas infracciones no se producen accidentalmente y no son el resultado de un conocimiento insuficiente, sino que son necesarias para el progreso del conocimiento. Puede demostrarse que siguiendo cualquier regla, hay siempre circunstancias en que se hace aconsejable no solo ignorar la regla, sino adoptar su opuesta. Una investigación, según Popper, se inicia con un problema o una idea pero, su prosecución, puede alcanzar diversos caminos.¹¹

Los recursos disponibles están conformados por los fondos bibliográficos y documentación existentes en el Archivo General de la Provincia de Corrientes y en el Archivo General de la Nación; con respecto a estos últimos nos referimos especialmente a documentos que, emitidos desde Buenos Aires, contienen información de importancia central para comprender el proceso de formación de los factores de poder locales vinculados con los centralizados en la capital de la República.

Las fuentes eruditas son diversas y se detallan y enumeran en la bibliografía general, donde se incorporan también las Constituciones correntinas, Tratados interprovinciales, Reglamentos normativos, Registros Oficiales, Correspondencia Oficial, entre otras fuentes.

El gran reservorio documental se halla en el Archivo General de la Provincia de Corrientes, que fue el centro de búsqueda de información por excelencia, sin dejar de

¹¹ Feyerabend, Paul K., *Contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento*. Ediciones Orbis S.A. Hyspamérica, Buenos Aires, 1984, pp. 18-24.

observar aquellas otras instituciones de la región y del país. En las instituciones nacionales está el Archivo General de la Nación y la Biblioteca Nacional.

En la documentación se focalizó la búsqueda en el análisis de la soberanía y el federalismo local. Dicha documentación se halla catalogada y organizada en los distintos inventarios de los fondos documentales del Archivo General de la Provincia de Corrientes, los que ya fueron visualizados y localizados en otros trabajos de investigación que hemos realizado.¹²

Acerca de documentos como correspondencias oficiales o expedientes administrativos del Archivo General de la provincia de Corrientes se transcribieron -en su totalidad- los más importantes ya que sirvieron para conformar un Apéndice documental que clarifica el cuerpo del texto y las conclusiones arribadas.

Los ejes de análisis permanentes giran en derredor de los conceptos de soberanía y federalismo, por lo que el análisis de las fuentes fue focalizado exclusivamente desde estos temas.

Como resultado de los análisis de las fuentes documentales y el estudio crítico de la abundante producción bibliográfica sobre aspectos generales de la cuestión que tratamos y las conclusiones arribadas, la presente tesis la podemos dividir en siete Capítulos con ejes diferenciados y temáticamente novedosos desde su interpretación, los que pueden ser agrupados en tres Partes perfectamente diferenciadas.

La primera parte de carácter más general incluye los primeros dos capítulos que refieren a las primeras incursiones e incorporaciones del federalismo como forma de

¹² Ramírez Braschi, Dardo. *Judicatura, Poder y Política. La Justicia en la Provincia de Corrientes durante el siglo XIX*. Moglia Ediciones, Corrientes, 2008.

**FEDERALISMO Y SOBERANÍA EN LA INSTITUCIONALIZACIÓN CORRENTINA DECIMONÓNICA.
BASES PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO ARGENTINO**

estado en los países del continente hispanoamericano y las primeras aproximaciones al tema en la región del Río de la Plata.

En el primer capítulo se hace explicación de la evolución de cómo el federalismo fue incorporándose a la práctica institucional de los principales países de la región continental, partiendo de los primeros antecedentes de la organización indiana hasta la construcción -a través del derecho patrio- y la consolidación de los diferentes federalismos, que se caracterizan cada uno por sus matices particulares. Se analizan puntualmente los casos más representativos y los que impactaron más fuertemente en cada una de las regiones territoriales, como son los casos colombiano, centroamericanos, venezolano, brasileño, mexicano y argentino.

En el segundo capítulo se estudia la cuestión del problema focalizado en la región del Río de la Plata desde el momento de la revolución del año de 1810 y el contexto de vinculación e impactos que se generaron en las distintas jurisdicciones, manifestándose las primeras reacciones de defensa de derechos autonómicos. Allí se aprecia claramente la dicotomía entre los poderes del puerto de Buenos Aires y los cabildos de los pueblos del Interior en una incipiente disputa de potestad que se transformará en una cuestión central.

En lo que podemos considerar la segunda parte, abarca el accionar doctrinario, político e institucional de la provincia de Corrientes en su participación en los primeros congresos deliberativos y pactos interprovinciales en la etapa preconstituyente, que se transformará en un período de innovaciones institucionales, no solamente desde la perspectiva federal sino desde la complejidad que deparaban los primeros momentos republicanos.

En el tercer capítulo se estudia la participación directa de Corrientes en el planteo doctrinario federal del artiguismo y cómo reaccionó en las disputas de poder en

lo que podríamos llamar primer federalismo argentino. El cuarto capítulo concentró el estudio en los prolegómenos y el desarrollo del pacto federal de 1831, inicio institucional y jurídico del federalismo argentino donde el protagonismo correntino se manifiesta y deja sus marcas indelebles en los andamiajes de la construcción estadual.

Interesa -aquí particularmente- estudiar los aportes doctrinarios elaborados por la representatividad correntina, que se obtuvieron mediante el estudio y análisis de numerosos documentos éditos e inéditos de los diferentes fondos documentales, así como correspondencia oficial y privada que se hallan en archivos públicos.

El último capítulo -de esta segunda etapa de estudio del período preconstituyente- es el quinto, que focaliza la atención en las construcciones constitucionales, principios republicanos y decisiones autonómicas que originalmente construyó la provincia de Corrientes en su normativa local y que sirvió de andamiaje para la edificación estadual nacional en los años venideros.

La tercera Parte de la tesis abarca los últimos dos capítulos donde se analizan conflictividades y contextos políticos e institucionales de Corrientes después de la Organización Nacional, específicamente con planteos de autonomía ante el Estado Nacional recientemente constituido. En el sexto capítulo se analiza en profundidad las disputas de la provincia con los poderes del Estado Nacional con la designación de legisladores al Congreso Nacional, lo que generará un conflicto de tales dimensiones que las autoridades nacionales se enfrentarán con tal intensidad con las correntinas que se estuvo a un paso de declararla a la provincia en rebeldía. En esta disputa se magnifica las últimas oposiciones autonómicas al Estado Nacional.

En el capítulo séptimo se estudian las primeras intervenciones federales a la provincia de Corrientes y los contextos históricos e institucionales donde se manifiestan acciones y reacciones por una institución que -directa e indirectamente- menoscaba las

**FEDERALISMO Y SOBERANÍA EN LA INSTITUCIONALIZACIÓN CORRENTINA DECIMONÓNICA.
BASES PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO ARGENTINO**

facultades de las provincias, proceso medular en la formación del federalismo argentino actual.

Se incluyó al final un extenso Anexo documental donde se transcriben documentos -en su mayoría inéditos- casi inhallables, todos indispensables para sostener y avalar lo afirmado en el desarrollo de los diferentes capítulos de la investigación. La documentación, en su mayoría dada a conocer por primera vez, constituye además un aporte y hallazgo inédito, por lo que se creyó conveniente la transcripción de los más relevantes.

En síntesis, con esta tesis se buscó ofrecer novedosos aportes para la interpretación de la construcción del federalismo argentino, donde en diversas circunstancias del siglo decimonónico, la provincia de Corrientes fue un genuino motor transformador que generó novedosos y particulares aportes para el desarrollo institucional del país.

ALGUNAS CONCLUSIONES

El protagonismo que le cupo a la provincia de Corrientes en el desarrollo y construcción del Estado Nacional argentino durante el siglo XIX ha sido relevante, con características preponderantes que marcaban un liderazgo regional, pero para que se registre aquel protagonismo tuvieron que actuar inicialmente diferentes factores que explican ese comportamiento.

Son distintos los fenómenos que impactaron en el proceder y la conducta que adoptó Corrientes entre los que caben citar aspectos geográficos, culturales e institucionales. El primero de ellos está fuertemente vinculado con el ámbito espacial, su incrustación territorial en un espacio de frontera, que le brindará connotaciones particulares que se reflejarán con posterioridad en sus diversas reacciones políticas.

Ubicada en un contexto particular, cuyos límites orientales colisionaban con los intereses brasileños, origen de un estado de perpetua tensión y conflictividad, Corrientes estuvo compelida a construir permanentemente una frontera viva.

Al occidente, Corrientes lindaba con un territorio dominado por indios, que constantemente tuvieron una relación hostil con las autoridades de la otra vera del río Paraná.

Al norte, la provincia confraternizaba o luchaba -en un proceso pendular- con un Paraguay que competía por territorios y jurisdicción. Desde épocas ancestrales se construyeron interrelaciones y vínculos entre Corrientes y Paraguay que no siempre fueron lineales, donde perduraron las conflictividades por intereses contrapuestos.

Por último, la vinculación hacia el sur con la antigua capital virreinal y posterior capital del país, que generó las más trascendentales disputas y alimentó permanentemente rispideces por los intereses discordes. Esta interrelación con Buenos Aires será vital para comprender la construcción del federalismo regional.

Corrientes estará ligada comercial y financieramente con el puerto de Buenos Aires en la compra-venta de frutos del país y por ende al producir ambas provincias los mismos productos se registraba un espacio de competencia en el que Buenos Aires tenía las de ganar con su salida directa al mar. De allí la cuestión de la libre navegación de los ríos y, posteriormente, la distribución de la Renta aduanera.

Otro factor a tener en cuenta es la idiosincrasia cultural. Corrientes era una unidad espiritual. Sólo hay que pensar que entre Buenos Aires y Asunción media una distancia superior a los mil kilómetros que a principios del siglo XIX estaba tachonada de caseríos y misiones indígenas.

**FEDERALISMO Y SOBERANÍA EN LA INSTITUCIONALIZACIÓN CORRENTINA DECIMONÓNICA.
BASES PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO ARGENTINO**

Corrientes era una ciudad en expansión, aspecto que fortaleció la identidad de sus habitantes y por ende vigorizó la conducta de sus vecinos otorgándole valores autonómicos y de defensa de los derechos locales.

La situación geográfica y la conducta cultural del pueblo desencadenaron una temprana voluntad de generar instituciones locales manifestando soberanía y autonomía política. Estas instituciones se fraguaron con normas que no estaban ajustadas sólo a cuestiones formales sino que se plasmaba en la práctica cotidiana de su accionar.

El propósito de este trabajo ha sido el de ofrecer una respuesta que explique esa situación particular, a partir de la institucionalización provincial y en los aspectos republicanos y federales que se consideraron los ejes fundamentales en la construcción del Estado Nacional. Corrientes aportó parte del diseño institucional que tendrá notables influencias en la construcción del Estado federal argentino.

Este avance de la provincia en conceptos claves fundacionales de la Nación se puede sostener documentalmente, tanto con las iniciativas particulares de sus dirigentes como con el papel que cumplió el Estado correntino dentro del federalismo y republicanismo nacional.

I

Como lo hemos demostrado en la primera parte de la tesis, de la sucesión de hechos históricos que se dieron a lo largo y ancho de Hispanoamérica, podemos afirmar que el federalismo surge en la mayoría de los casos de un conjunto de hechos ajenos a las nuevas naciones liberadas del colonialismo pero que, a su vez, contenían los elementos intrínsecos y necesarios que desembocarían irremediabilmente en que esta forma de Estado fuera la preferida y la que mejor se adaptaba a sus estructuras. Por supuesto, con las singularidades que cada uno de los países hispanos consiguió imprimir

en todo cuanto les aconteció, y de cuyos ejemplos más notables hemos podido tomar rápida nota aquí como presentación.

Los federalismos difieren por la forma y por el fondo de sus instituciones, y no es posible apreciar la importancia y la acción de sus Gobiernos con respecto a sus Administraciones regionales, o viceversa, sin examinar cuidadosamente todas las condiciones específicas y accidentales con que están organizadas y funcionan las diversas autoridades generales y locales de cada nación.

Aunque los comienzos fueron irremediabilmente convulsos, dada la importancia de los movimientos de Independencia, poco a poco los países fueron tomando su forma de Estado, impulsados tanto por los distintos movimientos ideológicos que triunfaban a nivel internacional como los propios que surgían de la propia idiosincrasia regional americana y sus inquietudes como sociedad.

A mediados del siglo XIX, mientras que Europa se imponía al espíritu de la Restauración, en las tierras americanas tomaban forma -de manera irreversible- las nuevas ideas y las nuevas maneras de los pueblos para gobernarse, tomando las riendas de su propio destino y logrando redactar Constituciones y adoptando reformas que debían desembocar en el desarrollo de un liberalismo autóctono.

Los nuevos Estados americanos, con sus sistemas federales, supieron ampliar el listado de derechos fundamentales que reconocían y plasmaban en sus Cartas constitucionales concediendo, entre ellas, potestades a los colectivos regionales.

De esta caracterización particular que adquiría el federalismo en Hispanoamérica, en el Río de la Plata fue tomando fuertemente tipologías que le serán propias. La Revolución de Mayo de 1810 surge desde el Cabildo de Buenos Aires, desde un centro urbano hacia las periferias capitulares, y las reacciones jurisdiccionales

**FEDERALISMO Y SOBERANÍA EN LA INSTITUCIONALIZACIÓN CORRENTINA DECIMONÓNICA.
BASES PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO ARGENTINO**

no han sido todas iguales, lo que generará las primeras rispideces entre los pueblos del Interior con la ciudad del puerto hegemónico.

El temprano enfrentamiento entre dos tendencia antagónicas para la construcción del Estado -la federal y la unitaria- que se evidenció a partir de 1810, se vinculó también, con el paulatino proceso de disgregación de las jurisdicciones de las Intendencias borbónicas y la ruptura del centro del poder virreinal.

Claramente desde los años revolucionarios se acentúa una marcada configuración política en donde las decisiones emergerán desde el epicentro porteño. Durante las décadas siguientes, dominadas por el fragor de las luchas por la formación estadual, no se pudo lograr, ni a través de la construcción material de las batallas ni en la arquitectura intelectual de los pensadores, construir las vías idóneas que aseguren un equilibrio político y económico en la desigualdad natural que Buenos Aires poseía respecto a las provincias.

II

Serán los cambios del año 1810 que generarán importantes mudanzas, cuando se dará definitiva participación a los pueblos de las jurisdicciones del Interior que desde un primer momento expresarán su voluntad de autonomismo.

Será con la irrupción de las primeras manifestaciones de soberanía del Cabildo de Corrientes -en 1814- cuando los andamiajes rígidos del antiguo sistema comienzan a desmoronarse, más precisamente con la irrupción decidida de la propuesta doctrinaria federal de José Gervasio de Artigas, al que Corrientes tempranamente reconoció como Protector de su sistema político.

Pero el momento de notable referencia será la convocatoria al Congreso de Oriente en el año 1815 donde las diputaciones correntinas asistirán proponiendo ideas y

propuestas para el nuevo Estado que pretendía emerger. La representación de los poblados correntinos incluía a los pueblos de indios que sincronizaban con esta nueva idea federal en gestación, y de allí las propuestas jurídicas de José Francisco Cabral y José Simón García de Cossio que fueron determinantes para la convocatoria de aquel Congreso. Allí emergerá lo que denominamos el profederalismo, que irá evolucionando y consolidándose.

La provincia de Corrientes aporta al desarrollo del Congreso dos figuras prominentes como los citados Cabral y García de Cossio, ambos representantes con cabal formación intelectual y capacidad en la elaboración legislativa.

Estos hombres, de decidida participación en los espacios públicos y estadales del momento, aportaron ideas y consideraciones en un Congreso en donde no todos sus representantes alcanzaban una sólida formación jurídica. Los correntinos, tanto el sacerdote como el abogado, le otorgaron un importante aporte al principal Congreso realizado por la Liga de los Pueblos Libres y su auxiliador, José Artigas.

Pero será a partir del primer constitucionalismo correntino cuando se consolidará la idea del aporte efectivo de un federalismo y republicanismos en la construcción de un Estado Nacional. Los principios fundamentales del republicanismos comenzaron a emerger en este constitucionalismo, desde la división tripartita de poderes a la protección de las personas ante las arbitrariedades en que podía caer el Estado, sosteniendo categóricamente que *“la persona del hombre es la cosa más hermosa del mundo”*.

Creemos conveniente diferenciar algunas cuestiones, por lo que hemos ideado dos líneas interpretativas que explican en esta instancia los aportes del federalismo correntino. El primero, conformado de efectos producidos desde la construcción normativa interna provincial a través del control y el uso limitado del poder del Estado;

**FEDERALISMO Y SOBERANÍA EN LA INSTITUCIONALIZACIÓN CORRENTINA DECIMONÓNICA.
BASES PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO ARGENTINO**

y, el otro, de carácter externo, fuera de los límites territoriales de Corrientes, que generará una participación puntual en los Congresos constituyentes como en los Tratados interprovinciales.

Ambas construcciones, tanto internas como externas, merecen particular atención atento que las primeras nutrieron efectivamente el republicanismo argentino y la segunda por el papel representativo de alto impacto en los Pactos preexistentes que refiere el Preámbulo de la Constitución Nacional de 1853.

Un importante logro alcanzado por Corrientes al institucionalizar tempranamente el poder público, fue el imponer dos instituciones que bregarán por un armonioso funcionamiento del Estado. El primero, referido al control de las máximas autoridades, las que estaban vigiladas con el denominado “Juicio de Residencia”, institución que no solamente tuvo una existencia formal sino que fue notablemente efectiva, tal como lo demostramos oportunamente.

En este planteo de carácter interno que estamos analizando como conclusión, también hemos referenciado con notable claridad la particularidad del uso de las facultades extraordinarias y la suma del poder público, las que estuvieron evidentemente controladas a través del límite de tiempo por el cual se otorgaba y por las materias específicas a que debían abarcar.

En la provincia aquellas medidas generalmente estuvieron distantes de ser abusivas y sobrepasadas, más allá de un tiempo preestablecido, así como en las formas de conceder las delegaciones legislativas. Tanto es así que las facultades extraordinarias tuvieron carácter de excepción y se registraron en instancias puntualmente determinadas.

El otorgamiento formal de facultades extraordinarias a gobernadores correntinos estuvo limitado temporalmente por un margen específico en su cumplimiento, a diferencia de lo que ocurrió en otras provincias, particularmente Buenos Aires.

Como corolario de aquella práctica correntina y por la propuesta de los constituyentes de la provincia en 1853 se incorporó la prohibición expresa de la concentración de todo poder público, como lo expresa el artículo 29, de vigencia hasta la actualidad.

Entra las acciones externas ejecutadas por la provincia de Corrientes en lo referente a la innovación del federalismo está el compromiso asumido en los momentos preliminares, durante y en el desenlace de la firma del Pacto Federal de 1831. Este Pacto adquirió preeminente importancia, y conformó -junto al Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos, de 1852- los Pactos preexistentes por excelencia en el andamiaje del constitucionalismo argentino.

Y allí estuvo la propuesta de los representantes de la provincia de Corrientes, que desbordará los planteos comunes que se manifestaron hasta esos momentos. Ambos Pactos preexistentes llevan incorporados las ideas correntinas y estampadas las rúbricas de sus representantes.

Será la representación provincial la voz más sonante y firme contra las propuestas centralizadoras del Puerto, solventando la idea de que Corrientes defiende un federalismo que debe integrarse tanto desde las cuestiones políticas como económicas. Los aportes doctrinarios a este federalismo se proyectarán hasta tiempo después de firmado el Pacto constitutivo y la repercusión de las voces de las diputaciones correntinas en la Comisión Representativa creada por aquel Pacto Federal.

III

Cuando la Constitución Nacional de 1853 entró en vigencia, si bien marcó el inicio de la organización nacional efectiva, no fue la panacea para la institucionalización argentina; por el contrario varios de los problemas centrales se profundizaron, debido a que las dificultades de fondo del federalismo no fueron debidamente consideradas.

A raíz de todo ello emergerán las dos cuestiones centrales que analizamos en la tercera parte de nuestra tesis. La crisis provocada por el enfrentamiento de la provincia de Corrientes con el Estado Nacional. Ya organizada en su primera etapa constitucional, la República Argentina no pudo eliminar los conflictos, ya que fue incapaz de excluir la inequidad en la partición de competencias entre Estado Nacional y Provincias.

Allí emergerán las propuestas y las últimas reacciones de la provincia de Corrientes, que no están divorciadas ni distantes de las propuestas llevadas adelante en la etapa preconstituyente. Esta nueva crisis se manifestó porque no se resolvieron los problemas centrales que proponía el federalismo en el Río de la Plata y que los representantes correntinos oportunamente referenciaron con meridiana claridad.

De los dos interrogantes más relevantes de la etapa posterior a la Constitución de 1853 está el criterio sostenido ante el Estado Nacional para defender la elección de los legisladores correntinos al Congreso después de las condiciones impuestas por la reforma constitucional de 1860.

La dimensión del problema presentado trascendió a una mera cuestión legislativa. Más bien generó un conflicto que cuestionaba la delimitación de facultades entre poderes del Estado Nacional y los derechos autonómicos de las provincias.

La discusión generada originariamente por Buenos Aires expuso las pujas por espacios de poder -dentro del convalidado escenario nacional- y las dinámicas alianzas

internas así como la praxis de la representación, mostrando cabalmente las débiles construcciones institucionales que sostenían a las Provincias con el Estado Nacional.

A la cuestión de la sustitución de los legisladores no naturales de la provincia y sin residencia en ellas, se le agregarán otras disputas que potencializarán la postura correntina ante el Estado Nacional, transformándola en la provincia que encabezará fuertes cuestionamientos al presidente del momento, Santiago Derqui.

Deudas impagas del Estado Nacional con la provincia de Corrientes por uso de inmuebles y sueldos pagados a militares, sumado al fuerte cuestionamiento del rol asumido por la provincia de Buenos Aires y sus privilegios por la incorporación a la Confederación Argentina, construyeron los cimientos que fundamentaron los reclamos que conjuntamente potencializaron la oposición correntina al Gobierno de Derqui.

A esto debemos agregar que se debían resolver todavía en el Congreso de la Nación la instrumentación de la nacionalización de la Aduana de Buenos Aires y el subsidio por compensación a esta provincia, los que fueron acordados en el Pacto de San José de Flores y firmado su complementario el 6 de Junio de 1860.

La sumatoria de estos planteos estuvo fuertemente vinculada a los lazos que alimentaron los reclamos de la provincia de Corrientes, mostrando sus reacciones contra el Gobierno Nacional.

Por lo tanto, la lucha por los escaños a ocupar era mucho más que una mera cuestión legal y de factibilidad de aplicación de lo dispuesto por la reforma constitucional; era la consolidación de espacios de poder, vitales para las próximas decisiones de un país que forjaba por emerger definitivamente y consolidar sus instituciones.

Los temas tratados en este estudio tienen origen y consecuencias en la preocupación constante y no resuelta de las disputas entre el poder centralizado y la

**FEDERALISMO Y SOBERANÍA EN LA INSTITUCIONALIZACIÓN CORRENTINA DECIMONÓNICA.
BASES PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO ARGENTINO**

facultad autonómica de las provincias. La intensidad del federalismo dependerá de quién salga triunfante en esta disputa y para imponer los perfiles configurativos del estado-nación, en pleno proceso formativo. La tensión entre el Gobierno central y las provincias será permanente en la construcción estadual argentina que, a pesar de los conflictos y enfrentamientos ancestrales, sigue siendo en la actualidad un problema no resuelto.

El otro asunto se plantea con la instrumentación que ha dado el Estado Nacional al artículo 6 de la Constitución Nacional sobre la implementación y aplicación de la intervención federal al territorio de las provincias. Como lo demostramos en el cuerpo de la tesis, el Estado Nacional implementó reiterativamente en la provincia de Corrientes esta institución, tendencia que se mantuvo a lo largo de toda su historia constitucional ya que en la actualidad es la provincia argentina que fue intervenida en mayor cantidad de oportunidades.

A partir de la Constitución de 1853 a la actualidad, Corrientes será la provincia que tendrá el mayor número de Intervenciones federales. En las diecinueve ocasiones que desembocarán en intervención política a los poderes provinciales por parte del Gobierno central, las fundamentaciones de dichos actos serán eventuales sediciones, guerras intestinas, fraudes electorales, irregularidades institucionales, etc. pero, cualquiera fuese la causa, el fenómeno tendrá resultados disimiles ya que algunas veces llevará al fortalecimiento del autonomismo local y, en otras ocasiones la sociedad correntina se verá influenciada por la interrupción del Gobierno Nacional.

Pero cualquiera sea el efecto, éste tendrá incidencia en la intensidad del federalismo, a favor o en contra, pero la participación de fuerzas extrañas institucionales en el hacer político correntino originará movimientos que de otro modo hubiesen tenido un derrotero muy distinto.

IV

En los andamiajes originarios de la construcción estadual, uno de los retos fundamentales a resolver fue el orden federal y las relaciones entre las Provincias y el Estado Nacional. La atmósfera política institucional después de la batalla de Caseros y la necesidad imperiosa de crear las pautas fundantes para el Estado, aceleraron las mutuas exigencias de las provincias para alcanzar la Constitución escrita.

Entre los retos fundamentales estaba el marcar y precisar la intensidad del federalismo, delimitar las competencias y construir las jurisdicciones. Para lograr el acuerdo, las provincias resignaron derechos que, por naturaleza soberana, le correspondían, y dieron facultades al nuevo Estado federal creado.

La conjunción de derechos delegados, no delegados y concurrentes se diagramarán en la Convención de 1852-1853, que marcará los perfiles jurisdiccionales y determinarán la intensidad del federalismo argentino.

En síntesis, hemos demostrado a través de nuestra investigación que los aportes del constitucionalismo correntino, así como sus ideas políticas vinculadas al federalismo, trascendieron más allá de los límites provinciales y sirvieron de reflejo para distintos momentos e instancias de la construcción constitucional argentina.

Aquellos mismos pilares de republicanism y federalism en ocasiones llevaron a Corrientes a formar parte de las prolongadas guerras civiles argentinas que trajo como consecuencias numerosas crisis políticas (los conflictos internos argentinos dieron inicio y finalizaron en tierra mesopotámica, desde 1814 con la batalla de El Espinillo hasta 1871, con la batalla de Ñaembé).

**FEDERALISMO Y SOBERANÍA EN LA INSTITUCIONALIZACIÓN CORRENTINA DECIMONÓNICA.
BASES PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO ARGENTINO**

Todo ello corrobora el rol de Corrientes en la construcción institucional de la región de la Cuenca del Plata, tal como lo demostró la intensa política de pactos y tratados de aquella época como ha sido comprobado en la presente investigación.

EL CONTROL EN LA EJECUCIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS.

UNA FORMA DE COMBATIR LA CORRUPCIÓN

HÉCTOR J. ZIMERMAN

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL NORDESTE

Dr. en Derecho – Área Ciencias Jurídicas – Universidad Nacional del Nordeste (U.N.N.E.).
Máster en Relaciones Internacionales –Universidad de Belgrano. Magister en Metodología de la
Investigación y Epistemología (U.N.N.E.). Profesor Titular de Derecho Político (U.N.N.E.).
Docente Investigador de *International School for Holocaust Studies, Yad Vashem, Jerusalem,
Israel.*

1. INTRODUCCIÓN

DEL ESTADO DE BIENESTAR A LA DEMOCRACIA DELEGATIVA

Uno de los errores más frecuentes ha sido la consideración respecto del retorno a la democracia en los países Latinoamericanos como un *continuum* entre el modelo del Estado de Bienestar, la vigencia del Estado centrismo y la satisfacción de las necesidades de la ciudadanía, en un contexto, donde parecía que el restablecimiento de las instituciones civiles por sobre los gobiernos militares traería consigo el remedio necesario para paliar deficiencias estructurales en relación a los sistemas productivos – reproductivos, el empleo, la relación salario-consumo y una amplia gama de libertades que tendrían al Estado como el principal garante.

**EL CONTROL EN LA EJECUCIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS.
UNA FORMA DE COMBATIR LA CORRUPCIÓN**

En principio, el restablecimiento de los gobiernos civiles y el entendimiento colectivo del electorado a cerca de las necesidad del retorno de los militares en los cuarteles brindaban una sensación de “derrame” o de empírea relativo a la “teoría de dominó” donde el reposicionamiento de un gobierno democrático sería una ficha del juego aludido para que el resto de los países vecinos o miembros de una misma región apuesten a la democracia como forma de gobierno transitando por un reclamo de “Nunca Más” para que el pretorianismo supere al civilismo.

El primer inconveniente que se observa a todas luces es el del diseño institucional. Por una parte se debate la corriente neo-institucionalista, ampliando un cúmulo de derechos y libertades que pueden ser respetados sin que se integren al derecho positivo. De este neo-institucionalismo surgirá el neo-constitucionalismo que también pretende que los valores sean aplicables y tengan prevalencia por encima del ordenamiento jurídico. Algunos indicadores expresan que “el Estado de derecho” ya no es el imperio de la Ley sino el imperio del derecho, esto es que la constitución de los principios y la de la labor de intérpretes y argumentadores:

En el sentido precedentemente anunciado, las democracias emergentes requieren una nueva visión y además de reformular el garantismo, pergeñe una reformulación del sistema político, aquí es donde debemos aplicar ciertas reglas de interpretación sobre qué función cumple una Constitución y qué finalidad persigue como “*pacto societatis*” para que los ciudadanos no sean súbditos en correlato con el resguardo de los principios de libertad e igualdad.

Justamente la relación economía y política, transición y consolidación democrática marcan en Latinoamérica compartimentos que no son estancos y etapas que ha requerido diferentes valoraciones, implementaciones y transformaciones. En todos

los casos las políticas públicas han sido las variables para determinar el cuadro de satisfacción de las demandas, la adecuación de las políticas públicas a las necesidades ciudadanas, y el control como requisito necesario para la vigencia del sistema democrático.

En consecuencia este modesto trabajo pretende explicar el agotamiento del Estado de bienestar, el resurgimiento de la democracia como forma de gobierno, el paso de la democracia formal a la democracia delegativa, y la imposibilidad de ejecutar acciones de gobierno transitando por la implementación de políticas públicas y el imprescindible control de la corrupción, de cualquiera de las etapas que se consideran relevantes; el establecimiento de una agenda, la valoración sobre la implementación, la formulación, el diseño de la ejecución, la implementación, la evaluación, y la reformulación, la continuidad, o el agotamiento de un programa preconcebido.

En este plano introductorio expondremos acerca de:

Argentina: crisis e insuficiencia del diseño institucional.

Las políticas públicas y el control como requisito necesario para la democracia.

Corrupción y controles: cómo la materialidad de los controles pueden combatir la corrupción.

2. ARGENTINA: CRISIS E INSUFICIENCIA DEL DISEÑO INSTITUCIONAL

Argentina se encuentra dentro de los países latinoamericanos a los que Guillermo O`Donnell ha definido como aquellos cuyo sistema político es el de la “democracia delegativa”. En este sentido se torna necesario ahondar respecto de las sucesivas crisis en las que se ha visto inmerso nuestro país, a la par de distinguir respecto de cómo ha funcionado el retorno a la democracia, luego del retorno a los

**EL CONTROL EN LA EJECUCIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS.
UNA FORMA DE COMBATIR LA CORRUPCIÓN**

cuarteles por parte de los militares, a fines de 1983 con la elección presidencial de Raúl Alfonsín.

El primer determinante es que habiendo gozado de una muy buena legitimidad en sus comienzos, no pudo culminar su mandato completo y debió renunciar prácticamente seis meses antes de entregar la banda presidencial a su sucesor Carlos Saúl Menem. A pesar de los esfuerzos por solucionar la crisis económica, marcada por el agotamiento del Estado de Bienestar keynesiano, la hiperinflación, y el aumento progresivo del disenso en el electorado, resultaron a mediano plazo infructuosos los llamados Plan Austral, y Plan Primavera, elaborados desde el Ministerio de Hacienda de la Nación.

Si hay algo que no se ha podido desvalorizar respecto del accionar de Alfonsín como primer mandatario, ha sido; la recuperación de las instituciones (aunque con falencias), y no estar sospechado durante su gobierno de estar involucrado en hechos de corrupción.

Podríamos sumar entonces el primer interrogante: ¿Qué es lo que ha marcado esta situación de crisis?

Tal como hemos expuesto en otra oportunidad siguiendo los aportes de Talcott Parsons, y David Easton; se ha aceptado mayoritariamente en la sociología y la ciencia política, fundamentalmente en Estados Unidos de América, en la posguerra la noción de crisis se acerca básicamente a la de desequilibrio en un sistema societal determinado, donde la aparición de perturbaciones, se ve acompañada rápidamente por la necesidad de producir adaptaciones y cambios, para la conservación del equilibrio.

Así, Talcott Parsons define que:

“El poder en una colectividad es un medio de movilizar con eficacia las obligaciones en pro de metas colectivas. Las modificaciones de jerarquía inherentes al empleo de servicios burocráticos son condiciones de intercambio limítrofes que diferencian el rol ocupacional de individuo de sus asuntos privados, cuestión que Weber puso mucho de relieve”.

A esta cuestión debe añadirse el problema de la legitimidad, en el plano del poder se deben definir ciertas condiciones tanto para la implementación de las responsabilidades legítimas, como el acceso al poder y las condiciones de su uso, consecuentemente:

“En un subsistema político y diferenciado en medidas suficientes, denominamos a esto sistema constitucional, en el que tanto las colectividades privadas como las públicas tienen constituciones más o menos formalmente especificadas”.

Bajo esta visión, el proceso de toma de decisiones y la adopción de determinadas políticas, tienen que ver con la división estructural del poder, y la funcionalidad de las estructuras burocráticas en ciertas condiciones contextuales. Las resoluciones así adoptadas son productos que ingresan al sistema societal y requieren la legitimidad necesaria para ser aceptados con dos premisas:

Primero: La legitimidad es un concepto sociopolítico. Social porque permite entender las aptitudes (de quienes gobiernan) y las actitudes (del electorado), y se aceptan como válidas las decisiones. Político, porque el proceso de toma de decisiones recae en el subsistema político, quien cuenta con la aceptación tanto de la población en su conjunto como de los grupos y asociaciones intermedios.

Segundo: La adecuación correcta dentro de un sistema sociopolítico es la de conjugar el consenso mayoritario del electorado con las decisiones políticas que necesitan ajustarse al ordenamiento normativo.

Parsons aclara:

**EL CONTROL EN LA EJECUCIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS.
UNA FORMA DE COMBATIR LA CORRUPCIÓN**

“El foco del aspecto político de un sistema social es la organización orientada a la consecución de metas colectivas. Esta organización está sujeta a tres conjuntos primordiales de exigencia.

La primera refiere a la legitimación de metas colectivas y al poder necesario para alcanzarlas en función de los valores del sistema social más amplio, no de los de su subsistema político. Las pautas de valores más amplias tienen que especificarse como compromisos en el orden de la acción colectiva, con arreglo a los requisitos establecidos y sujetas a las limitaciones de tales requisitos. El subsistema de legitimación de un subsistema constitucional y a los organismos judiciales que lo interpretan. Este subsistema es uno de los principales vínculos entre la organización política y la legal, y comprende, por consiguiente, las estructuras integrativas de la sociedad. Cualquier colectividad concreta depende del cumplimiento de estas funciones, por rudimentarias que sean las entidades que las lleven a cabo. La rama judicial del gobierno estadounidense es un ejemplo sumamente diferenciado”.

Asimismo, la persistencia del sistema, aun con cambios es lo que permite acudir a lo que se denomina “un movimiento responsivo”, basado esencialmente en la capacidad de respuesta intra-sistema, y con ello provocar que el sistema no se quiebre y sobrellevar las tensiones, aún a costa de conseguir modificaciones aceptables para los miembros del mismo. Como confieren Monzón Wyngaard y Zimmerman:

“La aparición de tensiones no necesariamente implican el quiebre del sistema, ya que la propensión es asegurar la persistencia logrando la continuidad del funcionamiento con las características habituales, aun con modificaciones. Todo sistema político subsiste en la medida que enfrente adecuadamente las tensiones y supere las perturbaciones.”

En el caso particular del gobierno de Alfonsín, la crisis comprende la insuficiencia del carácter responsivo del gobierno y la pérdida de confianza por parte del electorado. La merma de popularidad en la cúpula del poder constituido, se convirtió en el tobogán para acelerar la caída de un mandato inconcluso.

La ciencia política ha capturado aquí varias cuestiones de peso y, entre las que encontramos, particularmente haremos hincapié en la falencia del diseño institucional que empeora las condiciones de gobernabilidad en determinadas circunstancias.

Las crisis cíclicas han sido un continuum durante la mayor parte del siglo XX. Tanto los militares como ciertos sectores de la civilidad han creído conveniente interrumpir los plazos constitucionales y acudir a medidas extralegales, especialmente los golpes de Estado, legalizados desde 1930 por la máxima instancia judicial del país. A esto se han sumado las proscripciones, las prohibiciones y el fraude, desde 1930 hasta 1983.

Una vez puesta en marcha la transición democrática, el resultado visible ha sido la recuperación de las instituciones, y el cumplimiento de los requisitos mínimos que Dahl ha tomado para conceptualizar una poliarquía, como hemos manifestado en un trabajo sobre pretorianismo y democracia.

Desde la aparición del concepto poliarquía, en el entendimiento que resulta más inclusivo que el utilizado históricamente como democracia, los autores reseñan la necesidad que este tipo de regímenes políticos, como el caso de Dahl, exigen la existencia de:

- 1) Autoridades públicas electas.
- 2) Elecciones libres y limpias.
- 3) Sufragio Universal.
- 4) Derecho a competir por los cargos públicos.
- 5) Libertad de expresión.
- 6) Información alternativa.
- 7) Libertad de asociación.

**EL CONTROL EN LA EJECUCIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS.
UNA FORMA DE COMBATIR LA CORRUPCIÓN**

En el pensamiento de O'Donnell, a estos "atributos" se deben agregar –entre otros-, que los mandatos terminen en los plazos legalmente establecidos, que las autoridades electas no deben verse restringidas en su accionar legal, que no estén sujetas a veto alguno, que no sean excluidas del poder por actores institucionales no electos, y como corolario en pos de la consolidación, que se alternen en el gobierno partidos, o fuerzas políticas de signos ideológicos diferentes.

Conforme O'Donnell,

“Los autores definen la consolidación democrática como el logro de un sustancial apoyo actitudinal y la conformidad de las conductas con las nuevas instituciones democráticas y las reglas que establecen. Puesto que la consolidación plena es un tipo ideal en última instancia inalcanzable, es suficiente que todos los grupos políticamente significativos brinden ese apoyo y conformidad. Cuando esto ocurre, una democracia está suficientemente consolidada”.

Mirando un poco más allá de la democracia minimalista de Dahl, y los nuevos requisitos que se exigen a los sistemas redemocratizados, no es nada raro coincidir en que las democracias latinoamericanas formalmente tienen un alto grado de solidez, pero la ciudadanía en sus condiciones materiales no ha visto que mejoren los principios de igualdad y libertad, y la satisfacción de las necesidades básicas.

**3. LAS POLÍTICAS PÚBLICAS Y EL CONTROL COMO REQUISITO NECESARIO PARA LA
DEMOCRACIA**

O'Donnell ha entendido que estas democracias emergentes pueden clasificarse como delegativas, como hemos expuesto:

“La desventaja de la denominada democracia delegativa, es que en este sistema de poliarquía, los requisitos de democracia formal se cumplen periódicamente, pero la democracia material no se trasunta en el resguardo efectivo y concreto de los principios de igualdad y

libertad. No hay discusión posible en alusión a la concurrencia de la libre competencia electoral de los partidos políticos, libertad de prensa, inexistencia de fraude o proscripciones, no interrupción de los mandatos por causas ilegales, traspaso del gobierno a partidos o alianzas de distinto cuño ideológico, etc.. Donde sí se encuentra un déficit extremadamente visible es en el principio de *accountability*, tanto en sentido horizontal como vertical. Como este principio alude a la denominada “rendición de cuentas en la *res pública*”, el control en ambos sentidos se torna deficiente y en ocasiones inexistente, lo que afecta en demasía la calidad institucional, considerando la performance de la gestión pública”.

El principio de *accountability* deviene de la caracterización de un sistema político como republicano. El eje principal se basa en la distinción entre lo público y lo privado. La *accountability* como “rendición de cuentas”, exige al gobernante funcionar dentro del margen de la ley, y de rendir cuentas de manera transparente para que el electorado apruebe o rechace el desempeño gubernamental. El enclave está en el hecho que un gobierno que no es republicano no es lo suficientemente democrático, y tiene al acecho constantemente tres tipos de prácticas políticas que afectan la calidad institucional y la consolidación democrática: el clientelismo, el prebendismo (o prebendalismo), y la corrupción.

Como estudiar la vuelta a las democracias es uno de los interrogantes del pensamiento de Alain Touraine, cuando explica:

“La democratización impone por lo tanto una intervención política, una gestión concertada de los cambios económicos y sociales, y sobre todo una firme voluntad de dar prioridad a la lucha contra las desigualdades que destruyen la sociedad nacional”... “En todo caso, no puede aceptarse la reducción de la democracia a la desaparición de las dictaduras militares. La debilidad de los regímenes nacidos en de elecciones libres, como el Alberto Fujimori en Perú, la caída de Carlos Andrés Pérez en Venezuela y de Fernando Collor de Melo

**EL CONTROL EN LA EJECUCIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS.
UNA FORMA DE COMBATIR LA CORRUPCIÓN**

en Brasil, sin mencionar la corrupción y el fraude electoral en numerosos países, nos recuerdan la grave insuficiencia de una definición únicamente negativa de la democracia”.

“Así como es imposible hablar de democracia allí donde no existen elecciones libres a intervalos regulares, del mismo modo sería absurdo denominar democrático o no a un régimen sin preguntarse sobre sus motivos para actuar y las consecuencias sociales de su acción”.

“Es preciso, por lo tanto, moderar el entusiasmo de aquellos que ven en la caída de los regímenes comunistas, de las dictaduras militares, o de ciertos regímenes nacionalistas más o menos autoritarios el triunfo de la democracia. La ausencia de régimen autoritario no es la democracia”.

No es casualidad por tanto, que O’Donnell hable de democracias delegativas, aun cuando se encuentren consolidadas como las del Norte del Hemisferio, ya que cumplen los requisitos formales pero se pueden tildar de imperfectas en cuanto a la cercanía de una democracia material. En palabras de quien suscribe este artículo, sin que se entienda como peyorativo, he denominado a las democracias latinoamericanas “democracias renegas”, ya que caminan pero con dificultades, tanto endógenas como exógenas.

Al respecto, hay cierta coincidencia en que ciertos males aquejan a las democracias delegativas, sin que el orden sea taxativo, es común observar a las democracias latinoamericanas, y con gradualidades en cada uno de los ítems que ponemos a discusión, el acompañamiento que funcionan como un flagelo para la calidad institucional y defender a los más necesitados, “*issues*” como el clientelismo, el prebendismo o prebendalismo, y la corrupción.

a) El clientelismo.

En opinión de Pablo Torres:

“En muchas ocasiones se recurre a la figura del clientelismo como patrimonio exclusivo del campo político y como si, dentro de dicho campo, solo abarcara la relación entre los dirigentes políticos y los sectores más pobres de la sociedad”.

Lejos se está de semejante reduccionismo. El clientelismo, en términos amplios no reducidos al político, es un patrón de comportamiento que, junto a otros particularismos, está fuertemente arraigado en las sociedades de los países subdesarrollados y es considerado una institución, en el sentido de constituir “un patrón regularizado de interacción que es conocido, practicado y aceptado (si bien no necesariamente aprobado) por actores que tienen la expectativa de seguir actuando bajo las reglas sancionadas y sostenidas por ese patrón”.

Conforme O'Donnell:

“El clientelismo debe ser considerado como una vinculación particular y no generalizada. Comprende una relación entre individuos y de distintos ámbitos, no solo el político. Un carácter especial es el hecho que la vinculación se da entre individuos de status diferentes. Esta vinculación está signada por el intercambio dentro de una relación de dominación”.

Reseña Torres que trasladado a la política implica que “la relación clientelar se establece con objetivos de acumulación política y –en la mayoría de los casos- de acumulación electoral. Así en una primera mirada, que no contempla la complejidad del fenómeno, caracteriza al clientelismo político como el simple intercambio de favores por votos”.

Así tenemos que, siguiendo al autor precitado, las características de una relación clientelar pasan por ser:

Desiguales: patrones, mediadores y clientes, cuentan con dispares recursos económicos, poder, capital social, prestigio.

**EL CONTROL EN LA EJECUCIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS.
UNA FORMA DE COMBATIR LA CORRUPCIÓN**

Personalizadas: quienes participan de la relación clientelar no lo hacen interesados en reglas universales sino en relaciones personales.

Implican un intercambio.

Incluyen una serie de aspectos subjetivos.

Informales y difusas: informales porque no requieren la presencia de un tercero que funcione como autoridad que posea formalmente el poder de hacer cumplir lo pactado; difusas porque generan lazos flexibles, en el cual las necesidades y recursos de las partes (así como lo esperan unos de otros), pueden variar ampliamente.

“En síntesis el CLIENTELISMO POLITICO es una institución frecuente en las democracias de los países subdesarrollados, no universalista, que se presenta como una relación de intercambio pero que es en realidad una relación de dominación, de la que participan ciertos individuos (patrones) que prestan determinados servicios, bienes o favores a otros (clientes) que los retribuyen con fidelidad, asistencia, servicios personales. Prestigio y/o apoyo electoral. Entre ambos (patrones y clientes) puede encontrarse a los llamados mediadores, que ejercen una especie de intermediación de suma importancia para la reproducción de la relación clientelar, entre los servicios, bienes o favores que provienen del patrón y la fidelidad, asistencia, servicios personales, otorgamiento de prestigio y/o apoyo político y electoral provenientes de los clientes. El clientelismo contiene dos aspectos en sí mismo: lo intercambiado específicamente y lo subjetivo (el *habitus* clientelar). Existiendo dos tipos de clientelismos (con una inmensa variedad de matices entre ellos), el denso y el fino”.

Las relaciones clientelares comprenden dos esferas la formal y la informal. En esta última según Lomnitz y Díaz corresponde la “gramática de la solidaridad”, y

funciona como una red de relaciones de las que participa el individuo; la red familiar y la de amistad.

Para entender las relaciones clientelares se necesita atender a un actor importante; el mediador. Auyero señala que alrededor del mediador se conforman dos círculos concéntricos. En el primero el más cercano al mediador, interactúan personas con lazos fuertes y permanentes con el mediador, quienes participan de sus redes de amistad y parentesco, propias de la gramática cultural de la solidaridad.

En la esfera formal impera “la gramática cultural de dominación subordinación”. Son relaciones verticales de intercambio y al mismo tiempo relaciones de poder. Su característica es que son intrínsecamente aritméticas porque una parte controla las necesidades y expectativas de la otra debido a su mayor acceso a los recursos escasos.

También se subraya que las relaciones clientelares forman un mecanismo eficaz para hacerse de recursos escasos al margen de la regla establecidas por las relaciones formales del poder. Esto demuestra que la práctica del clientelismo se visualiza como natural y nada ilegítima. No existe una oposición cerrada a los patrones y a los mediadores.

El clientelismo así es un sistema para captar votos en el caso de los partidos políticos pero la red clientelar se amplía hacia otros ámbitos que emergen desde la política. Así, por ejemplo los casos pueden comprender la movilización masiva a un acto a favor de un candidato, el accionar de las barras bravas, o el sostenimiento del tráfico de drogas en los sectores más desfavorecidos.

En palabras de O'Donnell el clientelismo político continúa siendo una institución informal, bastante extendida en las nuevas democracias y/o poliarquías Latinoamericanas. El clientelismo es un derivado de regímenes patrimonialistas, con

**EL CONTROL EN LA EJECUCIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS.
UNA FORMA DE COMBATIR LA CORRUPCIÓN**

independencia de quién es el poseedor de los recursos, si un funcionarios del Estado, un político en mandato, o hasta un “puntero”, ya que lo importante aquí es el intercambio de votos por bienes, servicios, favores, o cargos. La aceptación de esta institucionalización, no exime de definir a la relación clientelar como una práctica corrupta, que afectan fundamentalmente la legitimidad del voto, y la transparencia en cuanto al posicionamiento igualitario entre los candidatos electorales.

b) El Prebendismo.

El prebendismo o prebendalismo está ligado a la temática de la corrupción, y puede funcionar como una práctica clientelar. Se asocia particularmente a una relación donde el Estado o el sector público tiene un papel relevante.

La negatividad del prebendismo se sostiene en que el Estado debe utilizar sus recursos para el sostenimiento de los partidos políticos, por una parte ya que desde ese sector surgirán los nuevos dirigentes, y por la otra, el mantenimiento de políticas públicas para el tratamiento de las cuestiones ciudadanas dando respuestas eficientes a las demandas de la sociedad civil.

Tanto los partidos como los funcionarios públicos si no cumplen con estos compromisos, por lógica la sociedad entiende que los recursos utilizados, son aprovechados para beneficios personales, tanto para los gobernantes como para sus familiares, amigos, y grupos empresariales con los que mantiene algún tipo de relación.

Las prácticas políticas cotidianas son variadas pero el prebendismo se acerca mucho al nepotismo, al clientelismo y al tráfico de influencia. En todos los casos se reconoce socialmente como acto de corrupción.

Al igual que el clientelismo, el prebendismo se ha traslucido como favoritismo desde el funcionariado, o los políticos, hacia familiares, amigos, y/o sectores

influyentes, siendo su manifestación la ocupación de cargos en el sector público, o beneficiando aspectos relacionados con las contrataciones o licitaciones públicas. Consecuentemente aparecen: beneficios personales en contra de los intereses sociales, costos innecesarios al Estado por sobre precios, facturaciones, robo de activos, aceptación de soborno, o desvío de fondos.

En tono con el clientelismo podemos encontrar una relación dual. El acceso a la función pública no requiere de mayores exámenes respecto de la idoneidad del ingresante. La otra cara de la moneda es el desprecio de las cuestiones éticas por parte del beneficiado. En otro plano, la dualidad también aparece ya que en la cultura política del subdesarrollo estas prácticas se consideran legítimas, y no se discuten estas conductas como ilegales, es más, en caso que las denuncias tengan por objeto el esclarecimiento de la verdad, hasta el mismo sistema judicial puede llegar a entorpecer las investigaciones o considerar que éstas actividades no son contrarias a derecho.

Las secuelas más notorias del prebendismo son, entre otras, el enquistamiento nepotista de familiares en los cargos públicos, la insuficiencia de los controles por parte de los funcionarios públicos en las políticas públicas, ausencia de mecanismos de promoción para el ingreso a los cargos en el Estado, con evaluaciones posteriores para el efectivo establecimiento de un régimen de sanciones y ascenso. En cuanto a la cultura política de la sociedad, en la práctica, existe una notoria ausencia de la formación del funcionariado en ética pública y un desprecio por recurrir a los mecanismos de control sobre los gastos del erario público.

c) La corrupción.

La corrupción es un fenómeno que ha sido recalado en las que se han llamado democracias imperfectas o de democracias emergentes o post transicionales. Una

**EL CONTROL EN LA EJECUCIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS.
UNA FORMA DE COMBATIR LA CORRUPCIÓN**

conclusión primaria es que la corrupción aumenta en las democracias no desarrolladas porque pueden estar consolidadas pero sufren una carencia notable en relación a los sistemas de controles (ausentes) y una deficiente rendición de cuenta tanto a nivel horizontal, como vertical.

Resume Aquino Britos:

“La definición clásica, seguida por el Banco Mundial y por la Organización Transparencia Internacional, considera corrupción: “como el uso de la posición pública de un individuo para provechos personales y legítimos. Abuso de poder y provechos personales, que pueden producirse tanto en la esfera privada como en la pública y, muchas veces, implica colisión entre individuos de los dos sectores.”

Huntington, abona un concepto similar:

“La corrupción es la desviación de la conducta de un funcionario público que se aparta de lo establecido por la ley para ponerse al servicio de intereses privados”.

Una importante diferencia es caracterizar la corrupción según el grado de desarrollo político-económico. Se reconoce que las democracias del hemisferio Norte, la corrupción alcanza un grado menor de institucionalización en dos aspectos: tanto formal como el informal. Hacemos énfasis en que la Ciencia Política ha elaborado numerosos trabajos teóricos atendiendo a que el desarrollo económico es una consecuencia del desarrollo político. La fortaleza de la performance de las instituciones, en países democráticos, donde el control y la rendición de cuentas funcionan, tornan imperiosa la revisión de lo ejecutado y actuado por los órganos de gobierno en el área de las políticas públicas.

Resulta dificultoso, hasta imposible controlar en un régimen político donde el cimiento es la autocracia. Respondiendo a la lógica de los regímenes “cerrados” estos no tienen ninguna necesidad de establecer una agenda de evaluar y de rendir cuenta en

relación a las políticas públicas. En cambio O'Donnell coincide que aunque las democracias delegativas no necesariamente son representativas en el sentido estricto, la representación implica *accountability*. Hemos expresado en oportunidades anteriores:

“En las democracias institucionalizadas la *accountability* exige rendición de cuentas en dos ejes: la rendición de cuenta vertical (frente a la sociedad) y horizontal (inter-orgánica). Esto es ajeno al accionar en las democracias delegativas. Por ello, es necesario aclarar que aunque tengan elementos que pueden ser similares a los concurrentes en regímenes autoritarios, no dejan de ser poliarquías”.

Esta distinción entre países desarrollados política y económicamente y subdesarrollados utilizando sinonimia como emergentes o en vía de desarrollo marca una división para entender cómo funciona la corrupción. Siguiendo a Grondona:

“Los expertos en el tema coinciden en que en los países desarrollados la corrupción es mínima en la Justicia y en los cuadros medios y bajos de la administración pública, pero puede alcanzar un nivel relativamente importante en los altos cargos”.

“En los países desarrollados, por el contrario, la corrupción es intensa tanto en los estratos altos como en los medios y bajos: infecta al Estado en su totalidad. Comienza con el policía que pide una coima para no multar una infracción en el tránsito, sigue con los funcionarios de la Aduana que cobran para ignorar las leyes impositivas y asciende hasta contaminar las conductas de los altos funcionarios.

Diríamos entones, según la terminología que hemos adoptado, que mientras en los países desarrollados hay actos de corrupción, sobre todo en las altas esferas del poder, los países subdesarrollados padecen un estado de corrupción. Los ilícitos suelen ser casi abiertos, casi evidentes porque no existen expectativas de castigo y más bien se da por sentada impunidad. En cambio quien estuviese dispuesto a cometer un acto de corrupción en un país desarrollado sabría que, además del obvio castigo penal, lo espera una sanción social, cuando no familiar”.

4. CORRUPCIÓN Y CONTROLES: CÓMO LA MATERIALIDAD DE LOS CONTROLES PUEDEN COMBATIR LA CORRUPCIÓN

Diversos autores hacen referencia a la necesidad de control tanto horizontal como vertical en la acepción de O'Donnell, en tal sentido describiremos los tipos de SISTEMA DE CONTROLES:

1.- Controles punitivos. Aquí se especifican aquellos que están determinados por un orden administrativo tanto en la Constitución como en la legislación derivada. Así vemos:

Enriquecimiento ilícito: refiere a la persona que se enriquece indebidamente cuando no puede justificar el origen de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de interpósita persona con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público.

Cohecho (pago, dádiva, o promesa): debe entenderse aquí a la cosa que se entrega, económicamente valiosa para liberarse de una carga o mejorar su patrimonio personal.

Esto comprende tanto al funcionario que recibe un pago, dádiva o promesa a futuro como también al Magistrado Judicial o del Ministerio Público que en el cumplimiento de sus funciones dicte *contra legem* o dicte una resolución, fallo o dictamen en asuntos de su competencia omitiendo dichos actos.

Tráfico de influencia: consiste en la acción en el ejercicio de la función pública una persona por sí o por intermediario solicite o reciba dinero, dádiva o aceptara una promesa directa o indirecta para que mediante su influencia o funcionario público haga, no haga o retarde un acto relativo a sus funciones.

Malversación de caudales: vulgarmente malversación de fondos. Delito que comprende a un funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a la que estuvieran destinados.

Peculado: asimila el desvío de caudales pero en éste caso cuando el funcionario se los apropiare, ampliándose la doctrina en el sentido que este hecho corresponde también no solo a fondos sino a bienes que estuvieren a su cuidado. Lo punible aquí es la sustracción.

Defraudación: la defraudación se equipara la administración fraudulenta, consiste en constatar un abuso por parte del funcionario que viole sus deberes y disponga patrimonialmente u obligue con exceso al titular de los intereses, que es el Estado, la base de la tipificación radica en la disminución o pérdida del patrimonio público.

Lavado de activos: delito incorporado por Ley cuando en una operación el que convierte, transfiere, administra, venda, grava o aplica dinero, o cualquier clase de bienes que provenga de algún delito que no hubiera participado.

2.- Controles intra-poderes. Corresponde a los controles inter-orgánicos frente a la existencia de un hecho punible.

El desafuero. Comprende, en principio, a los integrantes del Poder Legislativo cuando se le imputa una irregularidad que traiga el merecimiento de perder el fuero por expresión de sus opiniones o por la inmunidad del resto conforme doctrina, jurisprudencia y legislación aplicable.

El juicio político. Es un control inter-orgánico establecido por la Constitución, que en la práctica no cuenta con un ejercicio efectivo, ya que tanto para su promoción como para su ejecución requiere la mayoría de dos tercio en ambas Cámaras.

**EL CONTROL EN LA EJECUCIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS.
UNA FORMA DE COMBATIR LA CORRUPCIÓN**

Regularmente el mal desempeño en las funciones, delitos comunes, y cometidos en el ejercicio del mandato, son las causales para la promoción de este procedimiento, cuyo efecto primario es el alejamiento del cargo para el que fue electo.

3.- Controles extra-poderes. Aquí se destacan una batería de organismos específicos, accesorios a las disposiciones constitucionales para discernir, juzgar, y combatir los hechos punibles que facilitan o incrementan la corrupción. Entre los controles de última generación tenemos:

- Auditoría General de la Nación (Ex Tribunal de Cuentas). Es un órgano técnico, autónomo que asiste al Poder Legislativo como control político. Está sujeto a los avatares de la mayoría política del turno.

- Oficina Anti-corrupción. Tiene a la cabeza una Fiscalía de Control Administrativo, acompañada por una Secretaria de Investigación y otra de Planificación de Políticas de Transparencia, depende del Ministerio de Justicia de Derechos Humanos, en su inicio. Su función consiste en recibir denuncias de particulares o agentes públicos, investigar de forma preliminar a quienes se les atribuya la comisión de un hecho *contra Legem*, y dictaminar si dichos hechos constituyen un delito. Tienen a su cargo controlar las declaraciones juradas de los funcionarios públicos especialmente en lo que corresponda a enriquecimientos ilícitos e incompatibilidades funcionales.

- Fiscalía de Investigaciones Administrativas, se encuentra como parte del Ministerio Público Fiscal y depende de la Procuración General de la Nación. Promueve la investigación de la conducta de los miembros de la Administración Nacional y de las Empresas, sociedades y cualquier entidad en que el Estado tenga participación.

- Unidad de información financiera, su tarea comprende el análisis, el tratamiento y la transmisión de información para prevenir o impedir el lavado de activos

concomitantes con los delitos de fraude en perjuicio de la administración pública, cohecho y tráfico de influencia, malversación, exacciones ilegales, y enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados.

- Sindicatura General de la Nación. Es una entidad que funciona con autarquía administrativa y financiera y se encarga del control interno del Poder Ejecutivo Nacional, su principal tarea es la realización de auditorías internas a posteriori de las actividades de los organismos dependientes del Poder Ejecutivo, tanto los organismos descentralizados como las sociedades del Estado.

Como hemos sostenido en otra oportunidad, “Las ciencias de las políticas y la implementación y evaluación de las políticas públicas, conforman -hasta ahora- la evolución de la política tanto científica como académica, con el aditamento que acorde al pensamiento de Laswell, se ha alcanzado un equilibrio en la pertinencia del objetivo principal de la política y una metodología que se incorpora desde las ciencias sociales en su conjunto. Para obtener conclusiones válidas, también se debe destacar el avance de la política comparada que permite conocer la situación particular de cada Estado, en cada época de estudio, y conciliar una sana competencia analizando el desarrollo de las políticas públicas en diferentes marcos, para comprender y mejorar el desempeño y la responsabilidad en la gestión pública.”

Aquí cabe sostener las políticas de *accountability*, que permiten el control ciudadano a la par de promover la calidad institucional. Cualquier estudio compatible con las fuentes de la corrupción y el combate a las irregularidades necesita de la comprensión de la influencia internacional sobre la política doméstica, y la corrección de la disfuncionalidad del diseño institucional y del sistema de controles. Un proceso cultural es el complemento para el entendimiento de los valores relacionados con la solidaridad, el bienestar general, la función pública al servicio de los carenciados, y una política sustentable que permite la punición de quienes actúan al margen de la ley, y un

**EL CONTROL EN LA EJECUCIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS.
UNA FORMA DE COMBATIR LA CORRUPCIÓN**

sistema de recompensas a quienes cotidianamente bregan por el interés familiar y social de conformidad al orden jurídico establecido.

Finalmente, la consolidación democrática, el control de las políticas públicas, el mejoramiento del desempeño institucional, y un desarrollo económico sostenido en aras de la calidad política, una reforma electoral coherente no son objetivos tan lejanos en el tiempo ni tan utópicos en la materialidad.

5. BIBLIOGRAFÍA

Aquino Britos, Armando R. (2014). “DEMOCRACIA, DERECHOS FUNDAMENTALES Y CORRUPCIÓN, La necesidad de un Cambio Profundo”, Espacio Jurídico, Córdoba, Argentina.

Auyero, Javier (2004). “CLIENTELISMO POLITICO, Las Caras Ocultas”, Capital Intelectual, Producción LemondeDiplomatiqueConosur, Buenos Aires, Argentina.

CLAD (2000). “LA RESPONSABILIDAD EN LA NUEVA GESTION PUBLICA LATINOAMERICANA”, Brassier Pereira, Luiz Carlos y otros autores, Eudeba, Buenos Aires, Argentina.

Gronдона, Mariano (1993). “LA CORRUPCION”, Editorial Planeta Argentina, SAIC, Buenos Aires, Argentina.

Laswell, Harold (1996). “LA ORIENTACION HACIA LAS POLITICAS”, en “EL ESTUDIO DE LAS POLITICAS PUBLICAS”, de Villanueva Aguilar. México.
“LA CONCEPCION EMERGENTE DE LAS CIENCIAS DE POLITICAS”, en “EL ESTUDIO DE LAS POLITICAS PUBLICAS”, de Villanueva Aguilar. México.

- Lindblom, Charles y Dahl Robert (1971). "POLITICA ECONOMIA Y BIENESTAR", Paidós, Buenos Aires, Argentina.
- O'Donnell, Guillermo (1997). "CONTRAPUNTOS". Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización. Paidós, Buenos Aires, Argentina.
- Torres, Pablo (2002). "VOTOS, CHAPAS Y FIDEOS. Clientelismo Político y Ayuda Social", Editorial de la Campana, La Plata, Buenos Aires.
- Touraine, Alain (1995). "QUE ES LA DEMOCRACIA", Fondo de la Cultura Económica.
- Villanueva Aguilar, Luis F. (1996). "EL ESTUDIO DE LAS POLITICAS PUBLICAS", México.
- Zimmerman, Héctor J., Aquino Britos Armando, del Barco, Ricardo (2014). "30 AÑOS DE DEMOCRACIA. (Argentina 1983-2013)", Amerindia Ediciones Correntinas, Corrientes, Argentina.
- Zimmerman, Héctor J. (1998). "LA INTRODUCCION DEL ANALISIS SISTEMICO A LAS CIENCIAS POLITICAS", Facultad de Derecho, UNNE, Revista N° 11, Corrientes, Argentina.
- Zimmerman, Héctor J. (2015) "LAS CIENCIAS DE LAS POLITICAS Y EL CONTROL COMO REQUISITO NECESARIO DE LA DEMOCRACIA.". CUMLAUDE N° 2, Septiembre de 2015; Revista del Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, (U.N.N.E.).



Artículos con Referato

CUM LAUDE
Revista del Doctorado en Derecho
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas UNNE
N°4 – Abril 2017
Corrientes – Argentina
ISSN: 2422-6408
info@revistacumlaude.com

FECHA DE RECEPCIÓN: 12/11/2014
FECHA DE ACEPTACIÓN: 01/11/2016

CUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE DERECHO DE FAMILIA

ELISA MANUELA SCHULZ

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL NORDESTE

RESUMEN

Las astreintes son un medio efectivo para conminar al cumplimiento de una orden judicial a la parte que es reticente a ello, especialmente en el derecho de familia, donde, la mayoría de las veces, las acciones cuya ejecución se pretende por vía judicial no son sustituibles por dinero. Son un medio de presión psicológica utilizado por la justicia para constreñir al cese de la reticencia al cumplimiento de un mandato suyo. De oficio o a pedido de parte, el juez fija una suma de dinero por día, semana, mes, etc. que transcurra sin que la orden dispuesta sea cumplida. Funciona dentro de la lógica de que si el obligado no cumple por convicción o apego a las decisiones judiciales, cumplirá para no verse afectado en su economía. En ese sentido es un medio muy efectivo.

CUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE DERECHO DE FAMILIA

PALABRAS CLAVES

Astreintes – Familia – Ejecución.

ABSTRACT

The astreintes (periodic penalty payments) are an effective mean to demand the compliance of a judicial order to the part who is reticent to it, specially in family law, where, most of times, money does not substitute the actions which their executions are alleged in a judicial way. They are a mean of psychological pressure used by justice to oblige the end of the reluctance to the compliance of a judicial order. Ex-officio or at the petitioner's request, the judge set an amount of money for day, week, month, etc. to pay if the time go by without the compliance of that order. It work inside the logic that if the obliged doesn't comply for conviction or faith in the law, he will comply to not being affected in his economy. In that sense it's a very effective way.

KEYWORDS

Astreintes – Family - Execution

Sabido es que los procesos judiciales versados en cuestiones de familia se basan en reglas muy diferentes a las establecidas para otros tipos de juicios.

Si bien ni el código de rito correntino ni el nacional prevén una regulación específica para los mismos –aun cuando el Código Civil y Comercial de la Nación incorporó normas de carácter procesal- en la práctica se evidencia que, más allá de los lineamientos generales dispuestos por la ley para los distintos procesos (ordinario, sumario y sumarísimo), cada juicio de derecho de familia tiene sus propias

características, distintas a cualquier otro, siempre determinadas por los avatares que presenta la realidad de las partes, la que, muchas veces, cambia continuamente, debiendo entonces el proceso adaptarse a esa situación.

En este tipo de juicios, sobre todo en aquellos en que hay un conflicto de intereses (en contraposición con los procesos meramente homologatorios del acuerdo arribado por las partes), no solo se encuentran sobre el tapete los problemas existentes entre los justiciables y el derecho que cada uno alega como propio, sino que también los sentimientos y las emociones juegan un papel preponderante en la cuestión.

Y son esos sentimientos, emociones y -por qué no- pasiones, tan personales, los que muchas veces llevan a los litigantes a ubicarse en un lugar completamente alejado de la lógica y la razón y, en consecuencia, a comportarse, incluso, en contra de sus propios intereses y los de las personas que eventualmente se encuentren a su cargo o cuidado.

Estas situaciones son una constante en este tipo de conflictos y, no solo quedan expuestas en las presentaciones judiciales realizadas por los letrados de las partes o en las eventuales audiencias realizadas en las causas, sino que afloran constantemente, tanto en la ventanilla de los juzgados como en la oficina de los abogados. Y esto es así porque el mayor interés del justiciable es la solución de su problema, el que, la mayoría de las veces, atañe una parte sustancial de su vida y su persona, no un interés meramente económico o de otra índole material.

El reclamante necesita una respuesta de manera urgente, la cual, indefectiblemente, se encuentra en manos de los tribunales encargados de impartir justicia.

CUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE DERECHO DE FAMILIA

La mayoría de las veces, la resolución de los diferentes conflictos suscitados durante el proceso no solo queda plasmada en la sentencia definitiva, sino también en las resoluciones dictadas durante su transcurso, como consecuencias de las variadas cuestiones presentadas (ya sea que hayan tramitado vía incidental o no), y cuyo cumplimiento es obligatorio para las partes.

Más allá de las subjetividades de cada caso, no puede negarse que una “victoria” en una incidencia o en un planteamiento de cualquier tipo dentro de un proceso judicial genera en quien resultó vencedor, una expectativa de que el derecho que le fue reconocido se traduzca en la realidad mediante la efectivización de la orden impartida.

Sin embargo -y esto no es exclusivo del derecho de familia- los obligados al cumplimiento de determinada acción no siempre están dispuestos a hacerlo. Y menos aún si a la reticencia normal de las personas a hacer algo que no desea o que cree injusto, le añadimos los componentes emocionales que presentan los juicios de familia.

Entonces, juzgado, abogados de parte y justiciables se encuentran ante el problema de cómo lograr de parte del vencido el cumplimiento de la manda judicial.

EJECUCIÓN FORZADA DE LA MANDA JUDICIAL

Evidenciada la negativa del obligado al cumplimiento de la orden impartida por el Juzgado, no resta más que la ejecución forzada de la misma mediante los métodos que la ley brinda.

La ejecución forzada puede ser directa (cumplimiento en especie) o indirecta (mediante indemnización de daños y perjuicios).

El art. 730 del Código Civil y Comercial establece que

La obligación da derecho al acreedor a: a) emplear los medios legales para que el deudor le procure aquello a que se ha obligado; b) hacérselo procurar por otro a costa del deudor; c) obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes.

En este caso nos interesa la ejecución directa del derecho reconocido judicialmente, la que variará de acuerdo al tipo de obligación que pese sobre el condenado a su cumplimiento.

Si la obligación es de dar, ya sea determinada cosa o suma de dinero, no existirían mayores problemas en su ejecución compulsiva, ya que si esa cosa o suma de dinero se encuentra efectivamente en el patrimonio del obligado, podría ser objeto de embargo, secuestro o cualquier otra medida de ejecución prevista en los códigos de rito y que aseguren la satisfacción del derecho de la parte interesada.

Por ejemplo: los bienes de la sociedad conyugal que se encuentran en poder de uno de los ex cónyuges que se niega a entregarlos a quien le fueran adjudicados, o la ejecución forzada de los alimentos fijados judicialmente.

Sin embargo, la solución no es tan simple cuando la prestación adeudada no se traduce en un dar, sino que implica un hacer o no hacer.

El Código Civil y Comercial define en sus artículos 773 y 778 respectivamente, a las obligaciones de hacer como aquellas cuyo objeto consiste en la prestación de un servicio o en la realización de un hecho, en el tiempo, lugar y modo acordados por las partes; ya las de no hacer como aquellas que tienen por objeto una abstención del deudor o tolerar una actividad ajena.

Ante el incumplimiento imputable al obligado, el referido cuerpo legal (art. 730) dispone que el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento específico, hacerlo cumplir por terceros a costa del deudor o reclamar los daños y perjuicios.

CUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE DERECHO DE FAMILIA

El límite al cumplimiento específico de la obligación está dado por el impedimento de ejercer violencia física sobre el obligado, de la forma en que lo establecía el art. 629 del Código Civil, por aplicación del principio "*Nemo potest precisae cogi ad factum*", tal como refiere Compagnucci de Caso (2014).

En caso de que el obligado se negare al cumplimiento en especie, el acreedor puede solicitar el su cumplimiento por un tercero o solicitar una indemnización por los daños y perjuicios que se le ocasionaron.

Sin embargo, en las cuestiones de familia es muy diferente. Pongamos el ejemplo de una madre que se niega a dar cumplimiento con el régimen de visitas establecido a favor del padre de sus hijos, no existe indemnización que compense de manera alguna el daño provocado a ese progenitor y a los niños por el incumplidor, debiendo la justicia, mediante todos los medios que se encuentren a su alcance, lograr el cumplimiento “en especie” de la obligación.

Tomando en consideración que el Juzgado no puede intervenir por medio de la fuerza pública cada vez que le corresponda al padre ver a sus hijos, la mejor opción resulta persuadir al incumplidor a que se avenga al cumplimiento de la manda judicial por su propia voluntad.

Nuestro derecho da una solución en este sentido, y la misma consiste en la aplicación de astreintes al incumplidor.

LAS ASTREINTES COMO MEDIO DE CONSTRICCIÓN AL CUMPLIMIENTO

El art. 804 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que:

Los jueces pueden imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se deben graduar en proporción al caudal

económico de quien debe satisfacerlas y pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder. La observancia de los mandatos judiciales impartidos a las autoridades públicas se rige por las normas propias del derecho administrativo.

El Código Civil y Comercial habla de “condenaciones conminatorias” para referirse a las comúnmente llamadas astreintes, instituto que reconoce su origen en la jurisprudencia francesa y que fue incorporado a nuestro derecho con la reforma introducida al Código Civil por la ley 17.711.

Borda (1976) define a las astreintes como “una condena pecuniaria fijada en razón de tanto por día (o por periodo de tiempo) de retardo en el cumplimiento de la sentencia” (p. 47).

Es un medio de presión psicológica que la ley otorga a los jueces a los fines de constreñir al cese de la reticencia al cumplimiento de una orden por ellos impartida.

De oficio o a pedido de parte, el juez fija una suma de dinero por día, semana, mes, etc. que transcurra sin que la orden dispuesta sea cumplida, razón por la cual Llambías (1979) afirma que “la sanción conminatoria que implican las astreintes afecta al deudor mientras no cumpla lo debido y que por ello es susceptible de aumentar indefinidamente” (p. 455).

Sin embargo, no son definitivas, es decir que el juez puede prolongar su duración (en caso de que esté fijada), aumentarlas, disminuir el monto de las mismas, o dejarlas sin efecto.

Por esta razón se las caracteriza como discrecionales y arbitrarias, siendo que el juzgador puede fijar su monto libremente, sin que el mismo deba guardar relación con la prestación requerida.

CUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE DERECHO DE FAMILIA

Sin embargo, la norma dispone que el monto de las mismas se gradúe en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas.

Pueden imponerse ante el incumplimiento de cualquier resolución judicial, no solamente ante la inobservancia de una sentencia definitiva.

Para Moisset de Espanés (s.f.):

Es una característica propia de las sanciones conminatorias que su empleo resulte procedente en todos los casos en que un litigante desobedece mandatos emanados de una "resolución" judicial, no solamente de una "sentencia" en sentido estricto. La doctrina se ha preocupado siempre en destacarlo, y el legislador, tanto en el ámbito procesal, como en el Código Civil han sido cuidadosos en el lenguaje empleado, para evitar que pueda pensarse que las astreintes sólo proceden frente al incumplimiento de sentencias. (p. 1).

La astreintes funcionan como un medio de presión para con el incumplidor, que funciona dentro de la lógica de que si éste no cumple por convicción o apego a las decisiones judiciales, cumplirá para no verse afectado en su economía. En ese sentido es un medio muy efectivo.

IMPOSICIÓN

El art. 37 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, al igual que el de la Provincia de Corrientes, dispone que:

Los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos, cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento. Podrán aplicarse sanciones conminatorias a terceros, en los casos en que la ley lo establece. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser

dejadas sin efecto, o ser objeto de reajuste, si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.

La astreintes pueden ser fijadas de oficio o a pedido de parte, pero la mayoría de los casos, es por esta última razón.

El momento procesal para solicitarlas es cuando, ante la intimación judicial al cumplimiento de determinada acción, el requerido hace caso omiso a ésta.

Un ejemplo práctico: en un juicio de divorcio, la esposa solicita medidas cautelares sobre los bienes de la comunidad conyugal que se encuentran bajo el poder y administración del otro cónyuge. El juzgado, en este sentido ordena el depósito del 50% de las sumas de dinero que éste recibe en concepto de alquiler de un conjunto de departamentos comunitarios. El marido es notificado de la resolución, deja consentir la misma y no deposita las sumas ordenadas. En virtud de dicho incumplimiento la esposa solicita se realice una nueva intimación, esta vez bajo expreso apercibimiento de aplicación de astreintes.

Somos de la opinión de que ante esta solicitud de parte, el Juzgado debe fijar el monto de las astreintes bajo cuyo apercibimiento se intimará al incumplidor. Sin embargo, es práctica de los Juzgados de familia del foro de Corrientes hacer primero una intimación genérica, sin explicitar el monto de la sanción, la que posteriormente será fijada ante la reiteración del incumplimiento y ante nueva solicitud de parte. Esto, en la práctica, significa otorgarle más tiempo al moroso de mantenerse en una situación irregular sin recibir sanción alguna y la extensión en el tiempo del daño que le genera al damnificado el incumplimiento.

Continuando, una vez que el juez fija el monto de las astreintes y el tiempo para el cumplimiento de la manda judicial, se vuelve a intimar a la parte, por cédula. Un ejemplo de providencia de fijación de astreintes sería: “(...) atento al incumplimiento

CUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE DERECHO DE FAMILIA

de la intimación efectuada, hacer saber al Sr. X. que deberá cumplir con lo ordenado dentro de las 48 hs. de notificado de la presente, caso contrario se hará pasible de lo dispuesto por el art. 239 del Código Penal y un astreinte diario de PESOS CIEN (\$100,00) que correrán desde que se opere el vencimiento de la presente intimación hasta su efectivo cumplimiento (art.804 del Código Civil y Comercial de la Nación)..."

Si ante este requerimiento, la parte no cesa su reticencia, el damnificado queda habilitado para solicitar la ejecución de las astreintes.

EJECUCIÓN

Las resolución que fija las astreintes es ejecutable mediante el procedimiento de la ejecución de sentencia, siéndole aplicables las normas relativas a estos procedimientos.

Es que, como dicen Cazeaux & Trigo Represas (1975), si no pudieran ser ejecutadas, perderían toda su fuerza y eficacia. Agregan, sin embargo, que no son ejecutables ni bien son impuestas, ya que hay que aguardar la conducta que asumirá el obligado, es decir, si finalmente cumple, o si justifica su proceder.

Pero si nada hace y continúa con su comportamiento reticente, el juez, a pedido de parte, deberá disponer la ejecución de las astreintes.

¿Cuándo queda habilitada entonces la vía para ejecutar estas sanciones? Este punto lo explicaremos con un caso práctico, que se dio en la realidad en los tribunales de familia de la ciudad de Corrientes.

En un incidente de medidas cautelares iniciado en un juicio de divorcio, la incidentista (actora) solicitó se intime al demandado (quien tenía la administración de hecho de todos los inmuebles de la sociedad conyugal) para que en el perentorio

término de 24 horas de notificado, deposite en esos autos el porcentaje de todos y cada uno de los alquileres que recibía por uno de esos inmuebles, bajo apercibimiento de aplicar astreintes por cada día de retraso, a fijarse por el juzgado.

Dicha petición fue proveída en estos términos: “intímese como se pide”.

La intimación se efectivizó mediante el libramiento de la correspondiente cédula, no cumpliendo el demandado con la orden en el plazo dispuesto.

Consecuentemente, la actora solicitó se haga efectivo el apercibimiento y se apliquen astreintes por cada día de retraso, siendo que, el demandado, estando debidamente notificado, no dio cumplimiento a la manda judicial.

En virtud de la petición de parte, el Juzgado resolvió intimar al accionado a cumplir con lo ordenado dentro de las 48 horas de notificado, so pena de ser pasible de lo dispuesto por el art. 239 del Código Penal y un astreinte diario de pesos cien que correrían desde que se opere el vencimiento de la intimación hasta su efectivo cumplimiento conforme lo dispuesto por el, en ese momento vigente, art. 666 bis del Código Civil.

Dicha providencia le fue notificada por cédula al demandado, quien no solo no cumplió la manda judicial, sino que tampoco recurrió la medida dispuesta, consintiéndola.

En virtud de ello y ante la prolongación en el tiempo de la inobservancia de la manda judicial, la actora promovió el correspondiente incidente de ejecución de sentencia, solicitando al juzgado la ejecución de las astreintes devengadas hasta el momento, resolviendo éste último en forma negativa a dicha petición. Fundó su decisión en el hecho de que de las constancias incidente de medida cautelar, donde éstas habían sido fijadas, no surgía a esa fecha, que se haya efectivizado el apercibimiento contenido

CUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE DERECHO DE FAMILIA

en el auto que fijaba la suma de \$100 diarios como astreintes, señalando que la exigibilidad de las mismas se encuentra supeditada al carácter firme de la resolución que las haya impuesto.

En otras palabras, el juez negó la existencia de un título que habilite la ejecución de las astreintes fijadas, pretendiendo el dictado de un nuevo decreto que estableciera la firmeza y ejecutabilidad de las mismas.

La actora apeló esta decisión, en el entendimiento de que la exigibilidad de las astreintes se encuentra únicamente supeditada al carácter firme del decreto que las impuso, habiendo el requerido incurrido en mora de pleno derecho a las 48 horas de haber sido notificado de la resolución que fijaba el monto de las astreintes, de cuya aplicación ya había sido previamente intimado, sin haber cumplido.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Corrientes, Sala III, acogió la pretensión de la ejecutante en el entendimiento de que:

La ejecutoriedad y firmeza del auto que las impuso es verificable, atendiendo a la naturaleza y los caracteres propios de las astreintes, en cuanto estas son discrecionales, conminatorias y alcanzan a quienes después de haber sido dictadas, persisten en su incumplimiento, la firmeza de la Resolución en virtud que debidamente notificada (ver constancias de fs. 7 y vta.), la parte no la impugnó en tiempo propio, ni en tiempo alguno, de acuerdo surge de las constancias propias del Expte. I10-32372/1 que se tiene a la vista. En el caso, por decreto N° 10799 se dispuso "... A lo demás, no habiéndose acreditado la imposibilidad que se menciona, y atento al cumplimiento de la intimación efectuada, hacer saber al Sr. C. que deberá cumplir con lo ordenado dentro de las 48 hs. de notificada la presente, caso contrario será pasible de lo dispuesto por el art. 239 del Código Penal y un astreinte diario de PESOS CIEN (\$100) que correrán desde que se opere el vencimiento de la presente intimación hasta su efectivo cumplimiento (art.666

bis del Código Civil).” El subrayado pertenece a la suscrita, y se afecta en el entendimiento que a partir del vencimiento de la notificación del auto aludido, las astreintes hubieron adquirido la eficacia necesaria para su ejecución. La mentada resolución contiene todos los requisitos necesarios y exigibles para proceder a su ejecución, a saber, monto de las mismas y momento a partir del cual comenzarán a aplicarse. En lo que refiere al destino de los fondos, el decreto que las impone claramente establece que se originan en lo dispuesto por el art. 666 bis del Código Civil. Así, va de suyo que fueron decretadas en beneficio al acreedor y como medio compulsivo para cumplir un mandato judicial. (...) Lo esencial y que hace entender al aspecto formal del título, es que debe haber pronunciamiento expreso, este aspecto hubo quedado cubierto con el dictado del interlocutorio N° 10799, el que ha sido claro, concreto y preciso. Este interlocutorio ya indica que medió un incumplimiento anterior, una intimación ya efectuada e incumplida, por lo cual de no cumplir esta será pasible de un astreinte diario que la misma resolución impone y establecido el monto y el momento a partir del cual se harán efectivas. Vencido el plazo contenido en el resolutorio, lo cual aconteció y fue notificado al deudor, corren como la misma resolución lo indica desde que opere el vencimiento de dicha intimación.

CONCLUSIÓN

Las astreintes son un medio efectivo para conminar al cumplimiento de una orden judicial a la parte que es reticente a ello, especialmente en el derecho de familia, donde, la mayoría de las veces, las acciones cuya ejecución se pretende por vía judicial no son sustituibles por dinero.

Este medio de presión representa muchas veces la única forma de lograr, por ejemplo, el cumplimiento de un régimen de visitas, la presentación de documentación de la sociedad conyugal, y tantas otras situaciones tan sensibles para los justiciables,

CUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE DERECHO DE FAMILIA

quienes ante la pregunta ¿y qué pasa si no cumple?, no pueden conformarse con un “nada” como respuesta.

Asimismo, constituyen una herramienta útil en función de facilitar el trabajo de los jueces y formar en los ciudadanos el respeto por las órdenes judiciales. En este sentido, la experiencia judicial indica que no basta con intimar de manera abstracta al cumplimiento de una orden, o aplicar sanciones que jamás serán ejecutadas, ya que esa falta de rigidez es la que termina alimentando y contribuyendo al desacato.

Además, otra ventaja de las astreintes, es que, si bien son un medio muy eficaz de constricción al cumplimiento de las órdenes judiciales, no constituyen una sanción que genere un daño irreparable contra el incumplidor que eventualmente pueda justificar su accionar, ya que, al ser provisorias, graduables e incluso pasibles de ser dejadas sin efecto, el juez, sin ningún problema, y atendiendo a las características del caso, puede revisar su decisión.

Es este otro motivo más para que los tribunales no teman aplicarlas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Borda, G. A. (1976) *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones*. I. (4ta. ed.) Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Compagnucci de Caso, R. H. (2014) Obligaciones con cláusula penal y sanciones conminatorias. En Rivera, J. C. y Medina, G. (Ed.) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Tomo III, artículos 724 a 1250 (pp. 116). Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.

Cazeaux P.N. & Trigo Represas, F.A. (1975) *Derecho de las Obligaciones* (2da. ed.) La Plata: Librería Editora Platense.

Código Civil de la Nación. *B.O.* (26 de abril de 1968).

Código Civil y Comercial de la Nación. *B.O.* (08 de octubre de 2014).

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación *B.O.* (07 de noviembre de 1967).

Llambías, J. J. (1979), *Código Civil Anotado*, Tomo II A. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Moisset de Espanés L. (s.f.) *Las "astreintes" y la desobediencia de resoluciones judiciales*. Recuperado el 12 de octubre del 2014 de:
<http://www.acader.unc.edu.ar>

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Corrientes. Sala III,
Sent. N° 189, 27/08/2014.

CURRÍCULUM VITAE

Especialista en Derecho Agrario.

Correo electrónico: manuela_schulz@hotmail.com

CUM LAUDE
Revista del Doctorado en Derecho
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas UNNE
N°4 – Abril 2017
Corrientes – Argentina
ISSN: 2422-6408
info@revistacumlaude.com

FECHA DE RECEPCIÓN: 10/09/2015
FECHA DE ACEPTACIÓN: 27/04/2016

LA DEMANDA DE CONFESIÓN Y EL PROCESO PENAL

FERNANDO CARBAJAL

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL NORDESTE

RESUMEN

Es un hecho histórico que en nuestros sistemas procesales penales tradicionales existe una demanda de veridicción, de confesión. El sistema pretende y espera que el acusado confiese su crimen. Esta demanda es de origen religioso, se institucionalizó con la inquisición y superó las reformas del siglo XIX aunque resignificada en su finalidad y método, pero persistente como aspiración del sistema de juzgamiento penal.

La aprobación del nuevo código procesal penal de la Nación Ley 27.063 ha modificado de manera sustancial el régimen de declaración del imputado en el proceso penal, al haber eliminado el acto de citación a prestar la declaración, la cual se halla prevista como un acto voluntario del acusado.

LA DEMANDA DE CONFESIÓN Y EL PROCESO PENAL

¿Ha abandonado el proceso penal la demanda de confesión? Afirmamos que sí, y las razones de este cambio, su trascendencia, y su impacto sobre la lucha cultural entre la inquisición y lo acusatorio, son el objetivo de este trabajo.

Cultura inquisitiva versus contracultura acusatoria y adversarial; encuentran en el declaración del imputado en el proceso uno punto de discusión con enormes implicancias sistémicas.

PALABRAS CLAVE

Acusatorio - inquisitivo - veridicción – confesión

ABSTRACT

It is a historical fact that in our traditional "criminal justice procedural system" there is a big demand for veridiction, for confession. The system pretends and hopes that the accused will confess to his crime. This demand has a religious origin, it has been institutionalized by the inquisition and it has overcome the reforms of the XIX century, although revamped on it's purpose and method; but persistent as a goal in the system of criminal prosecution.

The approval of the new Code of Criminal Procedure (law 27.063) has substantially changed the declaratory scheme of the accused in criminal proceedings, having eliminated the writ of summons to testify which is foreseen as a voluntary act of the accused.

Has the criminal justice procedural system relinquished the demand for confession? We say yes, and the reasons for this change, it's transcendence, and it's

impact on the cultural fight between the inquisition and the accusatory are the aim of this study.

Inquisitive culture vs. accusatorial and adversarial counter; they find in the accused's statement during the process a point of debate with enormous systemic implications.

KEYWORDS

Accusatory - inquisitive - veridiction - confession

VERIDICCION¹ Y PROCESO

El proceso penal pretende que el imputado confiese el crimen del cual se lo acusa. Esta exigencia está centralmente establecida en el sistema inquisitivo, el tradicional y también sus versiones atenuadas como el llamado sistema mixto, al cual preferimos denominar inquisitivo atenuado.

¹ El término veridicción no figura en el diccionario, sin embargo Foucault lo utiliza en su obra. Hemos consultado a la Real Academia Española quien nos respondiera en los siguientes términos: “Estimado Sr. Carbajal: En relación con su consulta le remitimos la siguiente información: El término *veridicción* no pertenece a la lengua general, por lo que no aparece recogido en los diccionarios generales de lengua, como el *DRAE*. No obstante, es posible encontrar documentación de su uso en textos especializados. Se trata de un extranjerismo, procedente del término inglés *veridiction*, que, según la documentación disponible a nuestro alcance, parece que el propio Michel Foucault acuñó. Con respecto a la terminología que pertenece a un ámbito de especialidad, es la comunidad científica la que valida con el uso la creación de un término nuevo. Reciba un cordial saludo. Departamento de «Español al día» Real Academia Española. Por su parte el inglés *veridiction* no tiene una acepción equivalente en el castellano (según <http://www.oxforddictionaries.com/>) siendo su significado “A statement that is true according to the worldview of a particular subject” (www.yourdictionary.com) cuya traducción aproximada sería “una declaración de lo que es cierto sobre una tema desde la perspectiva de quien formula esa declaración”(traducción del autor). De nuestra parte la utilizamos en la acepción de Foucault: "acto de decir verdad"(Foucault 2013.29)

LA DEMANDA DE CONFESIÓN Y EL PROCESO PENAL

La aprobación del nuevo Código Procesal Penal nacional, Ley 27.063, ha venido a instaurar en el orden federal, como lo hicieron antes algunas provincias argentinas, el sistema de juzgamiento penal previsto en la Constitución Nacional: acusatorio y adversarial. Por ello queremos abordar ahora, aunque más no sea brevemente, de donde emerge históricamente esa demanda de veridicción que la administración de justicia, de diversa forma y con diferentes modos, le exige al acusado, y cuál es el impacto del nuevo modelo de juzgamiento penal.

Y para ello abrevamos de Michel Foucault quien en las conocidas conferencias de Lovaina, que dictó en esa ciudad belga entre abril y mayo de 1981, ha analizado, con su habitual profundidad histórica y filosófica, la función que la confesión ha cumplido en la justicia, desde su nacimiento en las prácticas religiosas, su institucionalización y su posterior traspaso a las instituciones judiciales.

La veridicción es, en la tradición cristiana, anterior al establecimiento de la inquisición como institución de administración del poder jurisdiccional y proviene de la práctica religiosa del monacato y vinculada de manera directa a la penitencia. “La veridicción era de gran importancia en la práctica y la institución de la penitencia primitiva” (Foucault, 2013, p.121) quien vincula esta práctica con un término de origen griego que adquiere importancia y requiere se explicado: la exomologesis².

Según Foucault, en la práctica monacal la penitencia era un elemento central, pero no estaba sola sino que contenía a la exomologesis entendida como la demostración del pecado. “No hay penitencia sin la actividad consciente de exhibir, mostrar, expresar manifestar.” (Foucault, 2013, p.126)

² El término acepta diversos usos que van desde una traducción de la confesión jurídica, el reconocimiento ante dios como pecador, pero refiere al reconocimiento de los propios pecados.

Explicando este concepto nos brinda la siguiente imagen:

cuando uno va a un médico, debe mostrarle sus llagas para que él las cure, de la misma manera, si queremos curarnos de los pecados que hemos cometido, debemos mostrar nuestras llagas a quien debe curarnos, el *christus medicus*, que es quien nos curara y nos llevará a la salvación. Encontramos asimismo argumentos de tipo judicial bajo esta forma: cuando uno quiere conseguir que el juez lo perdone, sabe muy bien que si confiesa y reconoce humildemente su falta, apaciguara al juez.³ (Foucault, 2013, p. 126)

La exomologesis es entonces un acto de exhibición, pero esa exhibición no tiene como destinatario al otro, sino al propio sujeto, quien mediante el acto de mostrar sus llagas, toma consciencia de su existencia. Sin embargo, el “otro” es imprescindible pues la exhibición ante ese “otro” es parte necesaria del rito. No es un acto de contracción personal, o de análisis de la propia acción en el fuero íntimo (practicado en otros momentos y culturas) pues si bien el acto contiene ese acto íntimo, requiere también de manera ineludible la exteriorización, la exhibición ante el otro.

Analizando el desarrollo de estas prácticas en distintos momentos históricos de Europa, Foucault (2013) señala que:

en el monacato, el decir veraz sobre sí mismo se convirtió en un elemento absolutamente fundamental, esencial de esa vida, y en definitiva se inyectó, se injertó, se implantó en una forma absolutamente novedosa dentro de la cultura occidental. A partir de allí, la práctica de la confesión, la muy compleja tecnología de veridicción de sí mismo, va a tener una fortuna considerable. (Foucault, 2013.144)

³ No es casual que el “arrepentimiento” esté establecido como un elemento para disminuir la pena del culpable. Hasta el último momento el sistema el pide al acusado que confiese, para así obtener una mejora de su situación.

Durante esta etapa sin embargo la cuestión del poder, jurisdiccional o de la iglesia, permanece todavía ausente, y el acto se mantiene en el fuero íntimo, privado.

Los cambios comienzan cuando la confesión se inserta dentro de una relación de poder, primero en el seno de la misma iglesia y luego como poder jurisdiccional, cuestión que, por esos años, era muchas veces confuso y de límites difusos.

En el monacato: la veridicción es un proceso; la veridicción de sí mismo – el decir verdad sobre sí – es una condición indispensable para la sujeción a una relación de poder con el otro. Y de pronto, el otro va a escuchar, y quien está sometido va a hablar. (Foucault 2013, p.157)

El decir verdad sobre sí mismo para poder obedecer y llegar al estado de obediencia implica dos etapas: primero, auto examinarse, y segundo, decirlo verbalmente, expresarlo. Por eso la veridicción es un acto verbal.

Esta práctica que surgió de los monjes cristianos primitivos fue luego juridizada en un proceso que duró varios siglos que, afirma Foucault, alcanza su punto culminante en el Concilio de Letrán de 1215, en el cual se establece la obligación de los cristianos de confesarse, como mínimo, una vez al año, en Pascuas (Foucault 2013, p 201).

Este cambio es fundamental pues, hasta allí, la confesión estaba vinculada al pecado (como he pecado me confieso); pero al ser establecida como un acción periódica y obligatoria, pierde ese vínculo con el pecado (con la falta, la infracción) y se convierte en una parte de la institución eclesiástica.

Como soy cristiano, pertenezco a la iglesia, como pertenezco a la Iglesia, debo confesarme en Pascua. Si no me confieso en Pascua dejo de ser cristiano, Tal es la lógica que subyace en esta juridización de la confesión que se convierte así en requisito de permanencia dentro de la Iglesia.

En la clase del 13 de mayo de 1981 analiza también Foucault el proceso de cambio que afectó el modo de hacer la confesión; y la relación física entre el confesante y el confesor. Siendo un acto oral la cercanía física es imprescindible, y por ello surgió también la necesidad de reglamentar el modo de ese encuentro.

Los confesionarios recién aparecen en el Siglo XVI y señala Foucault que:

la importancia de lo físico, la necesidad de ver (por parte del confesor además) a quien estaba confesándose, tenía también otra razón de ser: debía permitir también al confesor descifrar, a través de la actitud del confesado, lo que este podía eventualmente ocultar o tenía vergüenza de decir". (Foucault 2013, p. 206)

Vemos así como el proceso de juridización de la confesión lleva a cambiar su naturaleza (pues ya no es la exomologesis como acto de exposición y toma de conciencia) sino un acto de sometimiento a otro que nos juzga y perdona.

Pero también cambia el rol el rol de quien la recibe la confesión. Deja de ser un mero testigo, un observador que sirve al confesante para exhibir su pecado, sino que por el contrario asume un rol activo de verificación de la "corrección" y completitud de la confesión, de la efectiva veridicción del sujeto confesante.

Se manifiesta en el otro el principio de autoridad, pues el otro no solo cumple el rol de observador, sino que interviene en el acto mediante la verificación de veridicción y, eventualmente, la imposición de la penitencia, el castigo.

En este punto la confesión deja de ser un acto religioso, de vinculación con un dios impersonal, para insertarse en una estructura de poder religioso y jurisdiccional.

Es decir que la confesión como práctica religiosa evolucionó desde un acto personal de arrepentimiento del pecado cometido, hasta una práctica de pertenencia institucional; pasando por etapas donde requería ese acto personal de constrictión pero también exigía su exhibición ante el confesor. Pero también cambio el rol del otro

sujeto, pasivo primero, mero instrumento del confesante necesario para la exhibición de la falta; a un confesor que investiga sobre la veracidad del pecado y del arrepentimiento, y perdona o castiga como parte de una institución de poder.

LA CONFESIÓN EN LA INQUISICIÓN

Como no podía ser de otro modo estas prácticas religiosas, pero juridizadas, se trasladaron, con especial énfasis, cuando la Iglesia juridiza el control de la pureza del pensamiento, las prácticas y el compromiso religioso, mediante la creación de los tribunales de la Inquisición.

Sigamos al hombre, detenido en la noche. Arrancado del sueño bruscamente, vestido a toda prisa, baja la escalera, sigue por las negras callejuelas donde los pasos de los familiares de la Inquisición resuenan con ecos lúgubres. Llega a la casa Santa – ese el nombre de las oficinas inquisitoriales – siempre tratado con una gélida cortesía, sin brutalidad. El proceso empieza ceremoniosamente con la prestación del juramento de los evangelios. Luego viene el interrogatorio. Tendrá que dar detalles sobre su familia, su vida, sus costumbres, sus amigos y conocidos. ¿Por qué ha sido detenido? Si responde que no lo sabe, tampoco le dirán nada, pero continuaran haciéndole preguntas vagas que tendrá que sortear siempre con el temor de una trampa. A propósito ¿Quién es su confesor? ¿Cuándo se ha confesado por última vez? Las preguntas se suceden una tras otra durante horas en el mismo tono...El inquisidor sigue las famosas Instrucciones de Torquemada. ... que dice: **'si alguien que haya sido denunciado y convicto del pecado de herejía lo niega y persiste en sus denegaciones hasta que la sentencia sea pronunciada, y si el crimen ha sido pronunciado contra él, aunque confiese la fe católica y afirme que siempre ha sido cristiano y que sigue siéndolo, los inquisidores lo declararan hereje y lo condenaran como tal, porque el crimen ha quedado probado jurídicamente y por su negativa a reconocer su error el**

condenado no permite a la Iglesia absolverle y usar de misericordia con él.

(Dominique, 2002, p.164)

La descripción novelesca que realiza Dominique muestra claramente el rol central que tenía la confesión en el proceso inquisitorial, y no nos alejamos de la realidad si aseveramos que es, casi exclusivamente, un proceso reglamentario de la confesión.

El rol de los testigos era virtualmente inexistente y las reglamentaciones al respecto, totalmente absurdas y auto contradictorias. Así las prostitutas, criminales y excomulgados podían ser testigos de cargo de la inquisición, pero no de descargo del acusado. O sea que solo se aceptaban aquellos testigos que coincidieran con la acusación.

Además en la práctica “Un testigo que deponga a favor de un hereje resulta inmediatamente sospechoso” (Dominique, 2002. pág. 164) lo cual no parece que hubiera podido ser un aliciente para incorporar versiones alternativas a la del Inquisidor, por lo cual es indiscutible que los aportes reales de los testigos en el proceso inquisitivo eran, en verdad, inexistentes. Todo se centraba en la confesión.

Esta trascendencia de la confesión en la Edad Media la señala también Foucault en la clase del 20 de mayo de 1981. Describe el proceso ya analizado antes (origen monacal de la práctica con su posterior juridización), sin embargo apunta que “*la importancia asumida por la confesión en la práctica judicial de la Edad media es el efecto de modificaciones que eran propias de las instituciones de justicia*” (Foucault, 2014, p. 217) incorporando así al análisis del tema la evolución de las instituciones judiciales propiamente dichas.

LA DEMANDA DE CONFESIÓN Y EL PROCESO PENAL

Lo que Foucault deja claramente expuesto, como proceso histórico surgido de la institución religiosa, es la necesidad que han tenido tradicionalmente los sistemas de enjuiciamiento penal de que exista la confesión del acusado. El uso del artículo “la” no es casual, pues no se exige “una” confesión, sino “la” confesión⁴, es decir, la corroboración de la hipótesis fáctica sostenida ex ante por el sistema de juzgamiento penal.

Durante los siglos XVIII y XIX en paralelo a los cambios políticos caracterizados por la disminución de la influencia religiosa en las instituciones públicas y el cuestionamiento al absolutismo monárquico, se produce también una evolución del proceso judicial, y un retroceso de la inquisición, no como modelo jurídico cultural pero si como institución judicial de control social.

El surgimiento del fenómeno científico, fundado en la confianza de la razón para explicarlo todo, incluso el delito y los impulsos humanos que llevan hacia él, se introdujo fuertemente en las instituciones jurídicas y, como consecuencia, cambia la concepción del proceso y del delito, pero también la mirada sobre el infractor.

Sin embargo estos cambios no se traducen en el abandono de la búsqueda de confesión. Aunque se resignifique su finalidad y sentido, en la cultura jurídica continental sigue vigente esa demanda de confesión.

La evolución de los estudios médicos y psiquiátricos primero y la aparición de la criminología en la segunda mitad del Siglo XIX, tratan de entender al delincuente,

⁴ Cuando el inquisidor acusa a Rebeca de bruja y de practicar actos satánicos, la única confesión aceptable es que Rebeca diga: “soy bruja y practico actos satánicos”. Cualquier otra confesión (mate a Juan y arroje su cadáver al río) no tendrá trascendencia alguna y será negada o señalada como un modo de distraer al inquisidor. Por supuesto que la negativa tampoco es aceptada.

creen, postulan y buscan el método para curar de curar al delincuente, el cual es ahora visto como una manifestación de una enfermedad social.

Pero esa curación requiere también la confesión, la aceptación del hecho, pues de lo contrario es imposible. No se puede curar a quien no acepta que cometió la infracción y tiene consciencia del mal hecho. Por supuesto que también cambien los métodos, la tortura no es ya admisible, por lo menos como método científico aunque persista como sistema de investigación criminal, pero la demanda de confesión, de veridicción, persiste.

El lugar del acusado sigue siendo el mismo. Se halla frente al poder y ese poder le pide, ahora más amablemente pero con igual firmeza, que confiese, que diga la verdad. No para que la Iglesia lo absuelva “misericordiosamente” y, a cambio de la salvación eterna, ser entregado al brazo secular del poder real; como postulaba la Inquisición; sino para comprenderlo, para curarlo, para rehabilitarlo y reinsertarlo en la sociedad.

De este modo, racionalizada y – en alguna medida - humanizada en cuanto a sus métodos; la demanda de confesión se reinserta en las organizaciones jurídicas gestadas en ese periodo que modelan el sistema europeo continental y que se trasladará, pese al mandato constitucional en contra, a nuestras instituciones nacionales.

Por eso la demanda de confesión, iniciada como una práctica monacal de naturaleza religiosa, juridizada en la inquisición, se traslada a la justicia penal, resignificada en cuanto a sus modos y objetivos, pero con igual certeza de su necesidad.

Si bien ahora ya no se exige la confesión para absolver del pecado, igualmente el sistema pretende obtener esa confesión para entender al delincuente, curarlo y devolverlo a la sociedad.

Sin embargo esto no arrojó los resultados esperados pues Foucault señala que este traspaso de la “salvación” religiosa al ámbito de la justicia laica no cumplió con lo esperado, explicando que si “la confesión... ya no funciona, es porque consiste en una confesión muy distinta dentro de una maquinaria penal muy distinta. Esa es la curva... primero, institucionalización de la confesión en la práctica judicial, en segundo lugar, desarreglo de la maquina penal por el efecto de la práctica de la confesión” (Foucault 2014, p. 219) pues, pese a sus proclamas y buenas intenciones, la realidad es que el sistema de juzgamiento penal no sabe qué hacer frente a casos donde la razón no logra explicar el delito ni al delincuente, el reconocimiento de la infracción no alcanza para el arrepentimiento y no siempre la rehabilitación y reinserción es posible. Este fracaso, sin embargo, no proscribió la búsqueda de la confesión que persistió en el sistema.

La significación de la confesión ha cambiado con el transcurso y evolución de las instituciones jurídicas, sin embargo aún en los sistemas modernos persiste esta necesidad sistémica de la confesión, aunque se haya resignificado.

Foucault sintetiza en tres apartados los diferentes significados dados a la confesión, cambios de significación que explican su persistencia en el sistema de justicia aun cuando fueran cambiando los sistemas políticos, los regímenes jurídicos y aun las escalas axiológicas:

a) reconocer a través del reconocimiento de ese crimen, la validez del castigo que uno va a sufrir. ... la confesión del culpable puede (y en términos de derecho estricto y no, de modo alguno, de psicología) rubricar el castigo que lo cercena del cuerpo social o lo despoja de sus derechos; al mismo tiempo, esa confesión va marcar el primer jalón de su reintegración. (Foucault, 2014, p. 225)

b) Su importancia respecto al régimen de verdad al cual se halla sometida la investigación criminal. Habiendo desaparecido el sistema de pruebas tasadas, que hacia descansar en preceptos abstractos la reconstrucción de la verdad de lo sucedido, con el actual sistema de libre convicción, queda en las manos, o mejor dicho, en su mente y en su espíritu, juzgar sobre lo que en verdad sucedió. En este contexto “la importancia de la confesión como prueba irrefutable” (Foucault, 2014, p. 226) pues ella, y solo ella, puede dar al juez o al jurado la tranquilidad absoluta de haber hecho justicia.

c) Porque si no existe confesión queda en duda una de las finalidades esenciales del castigo: la enmienda. Si el castigado no reconoce su crimen el proceso de sanación que el sistema penal postula (pues la pena ya no solo pretende castigar sino también corregir y enmendar al infractor) queda trunco. “El castigo, en consecuencia, debe ser corrector, y la confesión, como manera de reconocerse culpable, constituye el primer elemento...” (Foucault, 2014, p.227).

La demanda de confesión ha surcado la historia de las instituciones judiciales de la cultura occidental, modelándolas e influyendo sobre ellas de manera notoria.

Muchos aspectos de esta influencia han estado fuertemente vinculados a las formas utilizadas para la confesión pues la misma se halla directamente influenciada por el modo de realizarse.

Recordemos que la confesión no es solo el acto de autoexamen, requiere la verbalización, por lo cual la forma y el contenido se complementan e influyen, al extremo que es imposible concebirlos separados.

Dos imágenes literarias muestran este vínculo entre la forma y el contenido.

El inquisidor está sentado en la silla, tras la mesa en que reposan el crucifijo y los evangelios. En el extremo de la mesa, el notario va tomando nota de las preguntas y

LA DEMANDA DE CONFESIÓN Y EL PROCESO PENAL

respuestas. Tomará nota también de todos los gestos del verdugo y del inculpado, todo los detalles del suplicio. ...El inquisidor empieza a interrogar. El acusado no habla. Entonces el verdugo tira suavemente del extremo de la cuerda y los brazos se alzan. El hombre se curva para escapar del dolor, pero el verdugo sigue tirando, y el dolor persiste, aumenta y quiebra los hombros del desgraciado. Pero este sigue sin hablar... Frente a él, el inquisidor, inmóvil lo observa todo. (Dominique, 2002, p.170)

Tenemos aquí un punto importante que hay que señalar en la historia del pensamiento penal: el momento en que la demanda de confesión... es reemplazada y duplicada por una demanda de otro tipo. Para el juez ya no se trata de decir lo que decía implícitamente en épocas pasadas: ‘dime si, en efecto, has cometido el crimen del que se te acusa’... Ahora el juez hace implícitamente esta pregunta a quien está acusando: “dime quien eres, para que yo pueda tomar una decisión judicial que tendrá que estar a la altura de crimen que has cometido, claro está, pero también del individuo que eres. (Foucault, 2013, p 244)

Pese a las distancias que presentan esas imágenes, sin embargo, son mayores las coincidencias que nos interesa destacar. En ambos casos un ciudadano acusado que comparece ante un juez para hablar, para decir, para confesar. Los contenidos han cambiado, y también los modos, pero el objetivo sustancial del acto parece inmutable a lo largo de los últimos siglos.

EL NUEVO PARADIGMA. ¿HA DESAPARECIDO LA DEMANDA DE CONFESIÓN?

Nuestros sistemas procesales, los recientes y aun muchos vigentes, ponen el acto de la indagatoria como uno de los momentos centrales del proceso, tanto en la etapa instructoria como en el juicio oral. Si bien es innegable que hemos civilizado en algún grado este acto, al haber establecido que debe estar precedido del acto de imputación poniendo en conocimiento del acusado el hecho por el cual está siendo acusado; no

menos cierto es que el objetivo sustancial de este acto sigue siendo lograr que el imputado confiese y, de esta forma, legitime la sospecha del sistema.

La demanda de confesión del sistema de justicia al imputado es una exigencia surgida de las prácticas religiosas que, juridizada, se ha trasvasado a los sistemas de justicia y que ha persistido a lo largo de siglos habiéndose constituido en un elemento esencial para la legitimación del propio sistema y de la aplicación de pena. La aplicación y reglamentación de la garantía de no ser obligado a declarar en contra de sí mismo en países como el nuestro, fuertemente influenciados por ese sustrato cultural, adquiere una especial relevancia.

Sin embargo los códigos adversariales modernos adoptados en nuestro País (Chubut – Neuquén – Provincia de Buenos Aires) y más recientemente el Código Procesal Penal de la Nación Ley 27.063, han eliminado la declaración del imputado como acto susceptible de realizarse por mandato legal o a petición de la acusación. La declaración del imputado acusado es un acto que solo existe en caso que el imputado así lo decida.

El artículo 69 del Código Procesal Penal, consagra como principio la Libertad de declarar y establece que “Las citaciones al imputado no tendrán por finalidad obtener una declaración sobre el hecho que se le imputa, pero éste tendrá la libertad de declarar cuantas veces quiera”. En similar sentido el artículo 261 que reglamenta el inicio del debate en el juicio oral, no prevé la declaración del imputado, sino que se limita a señalar que “En el curso de la audiencia, el imputado podrá hacer todas las declaraciones que considere oportunas. Las partes podrán formularle preguntas o requerirle aclaraciones.” Como vemos, no hay citación ni emplazamiento, y en ningún

momento el imputado debe expresar su voluntad de abstenerse. Simplemente si decide declarar, declara.

Por ello afirmamos que los códigos adversariales y acusatorios han realizado un abandono de la pretensión estatal de obtener la confesión; y este renunciamiento se ha manifestado de manera efectiva en la reglamentación procesal de la declaración del imputado. Por ello estas nuevas normas procesales hacen efectiva de manera real, y no meramente declamativa, la garantía de no ser obligado a declarar contra sí mismo en el proceso penal; pues a reglamentación no se limita a consagrar la posibilidad de abstención de declarar ante la citación a hacerlo, sino que establecen como nuevo paradigma la inexistencia misma de la citación a declarar.

Y este cambio impacta sobre la conceptualización del proceso y de la pena. Ya no es imprescindible para el proceso lo que el acusado pueda decir sobre sí mismo. Sus motivos o su arrepentimiento. Si desea puede hacerlos valer, puede explicarse, justificarse y defenderse. Se le dan todas las garantías y tiene la oportunidad de hacerlo, pero no es imprescindible. No se lo pide el sistema de juzgamiento penal. Es su derecho y su decisión.

Este abandono de la demanda de confesión es consecuencia de la reconstrucción de la cultura acusatoria y adversarial que, en el mejor sentido, quita del centro de la escena al imputado y pone allí al conflicto interpersonal. Foucault (2014) ya había advertido la vinculación existente entre el abandono del paradigma acusatorio y la necesidad de la confesión explicando que:

... el crecimiento del poder monárquico dentro de contexto de las instituciones feudales se apoyó en el ejercicio y el desarrollo del poder judicial. Cuando afianza su poder por encima del poder feudal o en los intersticios del poder feudal el rey lo hace en cuanto juez, en cuanto arbitrio, en cuanto se recurre a él para zanjar litigios o cuando el mismo

inicia causas que quiera resolver. Y el rey toma sus decisiones y las hace en la forma jurisdiccional. En síntesis... la primera forma del estado moderno, fue un Estado de justicia. .. A medida que el poder político y el poder jurisdiccional se imbrican de ese modo, resulta evidente que las formas de los procedimientos jurídicos se modifican. En especial, el procedimiento acusatorio con que alguien, la víctima o bien aquel que la representaba, acusaba a otro de haberle causado un daño... (p. 220)

Por ello la aparición del soberano como mediador del conflicto, cambia todo. Cuando la resolución está en manos del rey, este buscará establecer “la verdad” y decidir una sanción en función de esos hechos establecidos.

La necesidad de una veridicción se inscribe en el desplazamiento que lleva a la justicia penal a remontarse... de la resolución del conflicto en la forma de un enfrentamiento entre dos individuos a la resolución de un conflicto en la forma de una decisión de una corte soberana o la decisión del soberano.⁵ (Foucault, 2014, p. 221)

Sin embargo el sistema de administración de justicia seguirá exigiendo la confesión, pues servirá para la confirmación de la justicia de la decisión adoptada y, en consecuencia, legitimará la resolución del soberano.

Aun cuando haya una verdad establecida por la resolución del soberano, aun la confesión es necesaria, no ya para decidir la sanción que ya se impuso, sino para legitimar el sistema.

Así analizado y conceptualizado guarda absoluta coherencia, histórica y filosófica, que junto con el abandono de la cultura y las instituciones judiciales inquisitivas retroceda también la demanda de confesión, y que el resurgimiento y

⁵ Foucault realiza aquí un análisis muy interesante sobre la vinculación entre la tortura y la confesión, y como eso se enlaza con el procedimiento acusatorio primitivo, el duelo judicial, y como el nuevo procedimiento inquisitivo incluye de alguna manera resabios del mismo. El acusado como objeto y a la vez como prueba el mismo (ver pag. 221/222). No profundizamos ese aspecto por exceder nuestro objeto.

recuperación del paradigma acusatorio se manifieste en el abandono de la pretensión de veridicción del acusado, pues la misma ya no es necesaria para el sistema.

Queda así en evidencia que la recuperación del paradigma acusatorio para regir y modelar nuestro sistema de juzgamiento penal por mandato constitucional, se traduce en el abandono de la demanda de confesión y ello conlleva la re significación profunda del rol del imputado en el proceso penal y la conceptualización de éste.

En la demanda de veridicción, tanto la religiosa como la judicial, subyacía una transacción. “Dime que has pecado, y te daré la vida eterna”. “Dime que has delinquido y te curare.” Dame eso que necesito para confirmar mi verdad, legitimar el sistema y saber cómo piensas, para que pueda curarte, o sea dame la confesión, y tendrás un beneficio.

La reformulación de la declaración del imputado, el abandono de la pretensión de confesión se desentiende de ese intercambio. Nada te pido, pero nada te debo.

Lo que legitima la verdad surgida del proceso no será el reconocimiento del imputado del hecho, sino la reconstrucción del relato por el juego adversarial y de confrontación que el sistema acusatorio instituye.

El sistema acusatorio moderno no requiere la confesión pues no necesita legitimar el castigo a través de la aceptación de la infracción, sino que el misma se funda en la legitimidad democrática del sistema de administración de justicia. Podemos discutir la raíz filosófica de esta justificación, y sin duda encontraremos voces en contra, pero desde la perspectiva intrínseca del sistema político constitucional, es la legitimidad democrática del poder lo que autoriza el ejercicio de la violencia estatal sobre el condenado, y la aceptación de este resulta irrelevante, por lo cual su confesión no es trascendente.

Tampoco necesita, ni le pide al imputado, que confirme la verdad surgida del proceso, pues “la tranquilidad del juez de haber hecho justicia” se fundamenta en lo adversarial, en el debido proceso, en la transparencia del sistema de investigación y, sobre todo, en la posibilidad real y efectiva del ejercicio de la contradicción y el derecho de defensa. La verdad reconstruida en el proceso surge así con legitimidad, y con prescindencia de la convalidación por el acusado de esa verdad.

Por último también se abandona la pretensión de arrepentimiento como base la enmienda. No porque se prescinda de la rehabilitación como finalidad, aunque este concepto se halle en crisis en cuanto que el sistema penal esté en condiciones o pueda contribuir de manera efectiva a concretar o colaborar con ese objetivo, pero en todo caso no hay dudas que ese acto de constricción y autoexamen que es la confesión, en tanto reconocimiento de la falta y arrepentimiento a través de la veridicción, no se hallan en el ámbito del derecho y, en todo caso, deberá ser analizado por la psicología, la moral, la religión o como parte de la problemática de la criminología.

Hemos intentado demostrar que las implicancias que tienen los cambios en el proceso penal, expresado en los códigos procesales que siguen el modelo constitucional de juzgamiento penal, tal como el nuevo código procesal penal nacional Ley No. 27.063; van mucho más allá de la re significación de roles, cambios de funciones, o modificación de trámites, sino que por el contrario se trata de adoptar la cultura acusatoria y adversarial, desplazando la inquisición, a la cual no solo encontramos manifiesta y evidente en los tramites, sino en el sustrato y sustento de cada una de nuestras instituciones y nuestras prácticas cotidianas.

La recuperación de la cultura acusatoria, en toda su extensión y en todas sus manifestaciones y derivaciones, es una deuda pendiente que tenemos con los

LA DEMANDA DE CONFESIÓN Y EL PROCESO PENAL

constitucionalistas del siglo XIX, con Alberdi y los padres fundadores de la Constitución Nacional de 1853 que, de todos los modos posibles, nos encomendaron el abandono del modelo inquisitorial.

Sin embargo nuestra deuda es aún más antigua, y se origina en 1813 con la proscripción de la Inquisición por la Asamblea del Año XIII y la quema en la plaza pública de los instrumentos de tortura que integraban su patrimonio.

Instrumentos que, no casualmente, tenían como único objetivo obtener la confesión. Con la aprobación de la Ley N° 27.063 hemos comenzado a pagar esa deuda histórica. Por delante quedan enormes desafíos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Dominique, P. (2002). *La inquisición* (3ª ed.). Barcelona, España: Luis de Caralt Editor S.A.

Foucault, M. (2014). *Obrar mal, decir la verdad: La función de la confesión en la justicia. Curso de Lovaina 1981*(H. Pons, trad.). Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Ley N° 27.063 Nuevo Código Procesal Penal de la Nación.

YourDictionary. Recuperado de <http://www.yourdictionary.com/>

Oxford University Press. (s.f.). *Oxford Dictionaries*. Recuperado de <http://www.oxforddictionaries.com/es/>

CURRICULUM VITAE

ABOGADO (1986). ESPECIALISTA EN DERECHO PROCESAL (2003). Actualmente es doctorando en Derecho (2da. Cohorte) con Plan de Tesis aprobado y en

elaboración.

Desde el año 2010 ejerce la docencia de posgrado en Derecho Procesal Penal y ha dictado numerosos cursos de Capacitación en Litigación Oral y Procesos de Reforma procesal penal en diversas provincias argentinas y también en Latinoamérica (Cuba, Panamá, Perú, Paraguay) actuando como Consultor de programas de reforma hacia el sistema acusatorio.

Ha publicado los siguientes Libros “INTRODUCCION AL PROCESO ACUSATORIO Y LA LITIGACIÓN ORAL” MAVE, Corrientes 2012, EL FISCAL DE ESTADO EN LAS PROVINCIAS ARGENTINAS” EDITORIAL MAVE, Corrientes 2010, “HONORARIOS PROFESIONALES). MAVE, Corrientes 2001. CODIGO PROCESAL PENAL MODELO DEL NEA. “CENTRO DE CONTENCIÓN JUVENIL DE CORRIENTES “Un modelo constitucional para la contención educativa y de seguridad de jóvenes en conflicto con la ley penal institucionalizados por orden judicial”. Buenos Aires, 2010. Es autor del Código Procesal Penal Modelo del NEA y del Proyecto de Código Procesal penal para la Provincia de Formosa.

Correo electrónico: carbajal355@hotmail.com

CUM LAUDE
Revista del Doctorado en Derecho
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas UNNE
N°4 – Abril 2017
Corrientes – Argentina
ISSN: 2422-6408
info@revistacumlaude.com

FECHA DE RECEPCIÓN: 09/03/2016
FECHA DE ACEPTACIÓN: 31/08/2016

¿POR QUÉ LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA?

VÍCTOR ENRIQUE MONTENEGRO STOIANOFF

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL NORDESTE

RESUMEN

Intentamos en este artículo hacer un breve análisis crítico, de algunas teorías que intentaron explicar de alguna forma lo que es la democracia como participación ciudadana, los primeros autores que tomamos son más positivos a la hora de explicar la resolución del conflicto participativo, buscan de alguna forma, encontrar el interés general, pero por el contrario, tomamos también en los últimos autores, teorías que nos evidencian la imposibilidad de lograr un interés general a través de la participación ciudadana. Entonces el autor de este artículo se pregunta, ¿por qué la participación ciudadana?

¿POR QUÉ LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA?

PALABRAS CLAVE

Democracia - disenso – consenso - interés general -interés particular

ABSTRACT

We try in this article to make a brief critical analysis of some theories that tried to explain somehow what is democracy and citizen participation, the first authors we are more positive in explaining the resolution of participatory conflict, seeking somehow, to find the general interest, but on the other hand, we also take in recent authors, theories that show us the impossibility of achieving a general interest through citizen participation. Then the author of this article asks himself, why citizen participation?

KEY WORDS

Democracy - dissent – consensus - general interest -private interest

INTRODUCCIÓN

Intentamos en este artículo hacer un breve análisis crítico de algunas teorías que intentaron explicar de alguna forma lo que es la democracia como participación ciudadana, los primeros autores que tomamos son más positivos a la hora de explicar la resolución del conflicto participativo, buscan de alguna forma, encontrar el interés general. Autores contemporáneos como Dworkin, Rawls, los preferimos en nuestra selección ya que son algunos de los más citados en la actualidad por la doctrina jurídica y la filosofía jurídica, otros autores como Quiroga Lavié de la doctrina nacional, lo tomamos para hacer una bajada al territorio legal constitucional argentino. Pero, por el contrario, tomamos también en los últimos autores, teorías que nos evidencian la

imposibilidad de lograr un interés general a través de la participación ciudadana, y es cuando tomamos autores que no son contemporáneos entre ellos, ejemplo, entre Ranciere e Von Ihering, donde el esfuerzo para comprender el hilo argumental puede ser de mayor dificultad. Entonces el autor de este artículo se pregunta, ¿por qué la participación ciudadana?

DWORKIN, CONSTITUCIONALISMO Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Para dar un tratamiento legal al tema en cuestión, según como veremos más adelante, nos focalizamos en los objetivos legales, como finalidad deseada por la sociedad, por lo cual es indispensable no omitir al jurista Dworkin (2003), quien nos orienta en este nuevo paradigma de la participación ciudadana. El libro se titula Liberalismo, Constitución y Democracia, consta de dos trabajos, uno llamado “Liberalismo” y el segundo “Igualdad, democracia y constitución: Nosotros, el pueblo, en los estrados”, lo que nos interesa a nosotros que resulta obvio es este segundo escrito. Dworkin (2003) comienza planteándose el problema de la democracia en sí misma, se pregunta si existe algún tipo de método interpretativo al léxico empleado expresamente por la Constitución, y si los mismos enunciados constitucionales son democráticos o antidemocráticos en la praxis, en la revisión judicial, y como estructuras de gobierno. Luego de exponer algunas de las teorías más atrayentes y criticar sus deficiencias, trata de dar una respuesta.

El problema de la democracia es genuino e insoluble. Creo que la cuestión fue mal interpretada y exagerada porque los constitucionalistas se concentraron demasiado en lo que dicta y hace la Constitución, y en cómo debería ser interpretada, no lo suficiente en aquello que la democracia realmente es. (Dworkin, 2003, p. 49)

¿POR QUÉ LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA?

En este párrafo el autor intenta definir lo que se entenderá por democracia, lo que realmente es la democracia, expresando que es una “acción colectiva” y esta última puede ser vista como una “acción colectiva estadística” o como una “acción colectiva comunitaria”, la primera que no viene al tema consiste en mediciones cuantitativas, por ejemplo, cuando queremos fundamentar la democracia en la mayoría alcanzada para un quórum. La acción colectiva comunitaria en cambio es cualitativa y fundamenta la democracia en el pueblo mismo, por ejemplo, la participación del pueblo en las decisiones que den quórum. Por último, subdivide a esta última en dos clases, la acción comunitaria colectiva integrada que remarca la importancia de lo individual y la acción colectiva comunitaria monolítica que niega tal importancia. Lo que a nosotros nos interesa es la primera, ya que busca la participación de la sociedad en su conjunto, accionando colectivamente en vísperas de soluciones colectivas, pero respetando siempre los derechos propios individuales (Ej. derechos humanos).

Este autor continúa argumentando una interpretación democrática comunitaria y expresa:

En una democracia genuina, el pueblo gobierna no en forma estadística sino comunitaria. Considera a su nación como una unidad colectiva de responsabilidad, lo cual significa que, en tanto ciudadanos, comparten las responsabilidades que derivan de todo aquello que su gobierno hace en actuar oficial. (Dworkin, 2003, pp. 62-63)

Esto no es otra cosa que un contraargumento contra la interpretación literal de la constitución como estadística, lo titula “Democracia como integración” a este nuevo paradigma democracia y participación. Dworkin (2003) como para cerrar la idea se arriesga a proponer tres principios rectores de esta nueva interpretación.

A- El principio de participación:

En una democracia entendida como gobierno comunitario de iguales, a cada persona debe ofrecérsele un rol que le permita marcar una diferencia en el carácter de las decisiones políticas, y la fuerza de ese rol – la magnitud de la diferencia que pueda marcar – no debe estar estructuralmente fijada, o limitada por suposiciones acerca de su valía, talento o habilidades. (p. 64)

Se entiende por participación en temas políticos, fuerza, peso político en la interacción de cualquier ciudadano. Esto explica el autor cuando analiza previamente la igualdad en términos estadísticos, o la llamada igual entre iguales, que en palabras de Dworkin (2003) es falsa, por lo menos si queremos hablar de democracia genuina.

B- El principio de interés:

Es el interés en común de toda la ciudadanía en temas políticos, se relaciona con la responsabilidad colectiva, aceptación de toda la ciudadanía en tomar partido por los errores y aciertos, y no meramente juicios, críticas personificadas. “En una democracia comunitariamente entendida, las decisiones colectivas deben reflejar igual consideración por los intereses de todos sus miembros” (Dworkin, 2003, p. 66). “La cuestión acerca de cómo la comunidad trata a sus miembros es parte de lo que determina si éstos pertenecen, y, por lo tanto, si las decisiones políticas son tomadas por un agente colectivo que los incluya” (p. 67). “El principio de interés distingue la democracia comunitaria de la meramente estadística” (p. 68).

Se remarca el léxico inclusión, inclusión política, como venimos adelantando. Por último, tenemos:

C- El principio de independencia:

Este principio rescata al pensamiento comunitario del totalitario, ya que es sabido que todo el siglo XX se vio afectado por esta confusión, por lo tanto, podemos pensar en una comunidad participativa sin imposición de ideas supremas, fascistas,

¿POR QUÉ LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA?

teleológicas, etc. Rescatando la independencia de cada ser humano ciudadano, sus pensamientos, ideologías y consensuando en la interacción con los demás. De aquí que también se relaciona y es parte del tema la tolerancia, el consenso y disenso de una democracia comunitaria. “Una tiranía mayoritaria, en la cual a las minorías les es sistemáticamente negada la justa participación, podría, sin embargo, ser una perfecta democracia estadística” (Dworkin, 2003, p. 68).

Cuando insistimos en que una genuina democracia debe tratar a todos con igual consideración, damos un paso decisivo hacia una forma de acción colectiva más profunda, en la cual la fórmula “nosotros, el pueblo” se entiende que no incluye a la mayoría sino a todos, actuando comunitariamente. (Dworkin, 2003, p. 68)

Es determinante el léxico empleado de igualdad relacionado no solo con la mayoría, sino con todos. No se trata de escuchar la mayoría, o de imponer ideas, sino de profundizar la acción colectiva.

Proseguimos nuestro análisis de la participación ciudadana, siguiendo ahora a otro autor, netamente nacional, profesor de la UBA e investigador del CONICET, quien propone justificar la democracia, se trata del Dr. Ricardo Maliandi. En el libro “En torno a la democracia” expresa:

Al margen de que se acepte o no la discutida concepción “Contractualista” del Estado, creo que, en principio, es posible admitir que toda forma de gobierno, o de constitución estatal, representa una manera de resolver – de impedir- conflictos sociales. La democracia consistiría, entonces, en el tratamiento de tales conflictos teniendo en cuenta los intereses de todos los involucrados y permitiendo, y garantizando, la libre participación de todos los involucrados. (Maliandi, 1990, p. 50)

De lo que nos habla no es otra cosa que la idea contractual de la fundamentación del Estado, con su basamento en las teorías de Rousseau, Hobbes, Locke, teorías

contractualistas, pero lo que nos interesa a nosotros es la última parte, donde bien dice que aceptando o no estas ideas, no se puede negar a una democracia su carácter conflictual y la resolución de los mismos por medios consensuales y de participación. El autor así nos expresa a renglón seguido que es necesario tres rasgos fundamentales para fundamentar toda democracia: “1- sufragio universal (participación de todos); 2- defensa efectiva de los derechos humanos; y 3- conciencia de conflictividad” (Maliandi, 1990, p. 50).

Los dos primeros pueden tener su basamento jurídico, lo podemos encontrar en la constitución, pero el tercero es un rasgo ético social, que guía a los dos primeros, se trata de un principio rector para una interpretación constitucional real. “El modelo democrático basa el orden en la participación de todos, porque considera que ese orden es más racional que el emanado del arbitrio de un ocasional “iluminado” (Maliandi, 1990, p. 54).

Esto viene a colación del rasgo democrático participativo y no meramente representativo. En este punto podemos ya citar el anteproyecto de reforma constitucional por Quiroga Lavié (1992), para la República Argentina en el año 1994. Este autor comienza describiendo los distintos proyectos a lo largo de la historia argentina, con respecto al artículo 1 CN y a la temática democrática, desde 1853 con el proyecto de Alberdi hasta nuestros días en la última reforma. Cita este autor a modo de fundamento la propuesta de los diputados Unamuno y Maya en 1984 para una reforma constitucional:

El establecimiento del estado social de derecho – o estado de justicia-, basado en la consolidación de un orden jurídico democrático que asegure la plena participación de los gobernados, dentro de un marco de solidaridad, de ejercicio irrestricto de las libertades públicas y de justa distribución del ingreso nacional. (Quiroga Lavié, 1992, p. 43)

¿POR QUÉ LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA?

Son pautas para la reforma, en lo que nos interesa se puede apreciar la expresión de un orden democrático que “asegure” la plena participación de los ciudadanos. Este autor finaliza el capítulo en lo que refiere a la temática, expresando cómo debería quedar redactado el artículo primero de la CN.

Artículo 1- La Nación Argentina se organiza como estados sociales de derecho, de plena justicia y participación, que se realiza en una sociedad pluralista y que adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal, según lo establece la presente constitución. (Quiroga Lavié, 1992, p. 45)

Lo que nos interesa es el término “participación” agregado, pero bien antes se hizo indispensable pronunciarse por un estado social de derecho.

PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN RELACIÓN CON LA DESOBEDIENCIA CIVIL DE RAWLS

Antes que nada es importante aclarar que no tratamos la posición original de Rawls por creer de imposible realización, teóricamente es fascinante replantearse el velo de la ignorancia antes de cada acción participativa en la sociedad, pero ello no ocurre porque el ser humano no busca el interés general según el velo de la ignorancia, el ser humano para su felicidad no siempre se ve impulsado a buscarlo, sino por el contrario, solo busca deseos de propio interés, que como veremos más adelante desvirtúan todo intento de finalidad objetiva estática para la sociedad. Por ello sí creemos más importante tratar el concepto de desobediencia civil que fue tratado por el mismo autor en la misma obra de la teoría de la justicia, como una forma de desahogar la crítica antes expuesta.

Rawls (2012) para precisar el concepto de desobediencia civil la distingue del concepto “rechazo de conciencia”, la desobediencia civil sería “un acto público, no

violento, consciente y político, contrario a la ley, cometido habitualmente con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en los programas del gobierno” (p. 332).

Rawls (2012), cree encontrar en este concepto la solución a la disconformidad de los diversos intereses, sin perder el control del estado, lo que busca es un estado ordenado según los parámetros determinados con anticipación y entendidos como “correctos”, pero él mismo reconoce que su solución teórica solo funcionaría “En un estado democrático más o menos justo para aquellos ciudadanos que reconocen y aceptan la legitimidad de la constitución” (p. 331).

El problema de la actualidad, es que en algunas democracias modernas (el Estado Argentino por ejemplo en lo contemporáneo) existe una radical disconformidad hacia las instituciones fundamentales, las cuales no pueden siempre cambiar por mecanismos no violentos (todo tipo de mecanismos al límite o al margen de lo legal), ya que existen generaciones de intereses que la sostienen a cualquier precio - utilizando muchas veces un estado de excepción permanente, ejemplo los decretos de necesidad y urgencia permanentes por parte del poder ejecutivo o medidas cautelares por parte de empresas privadas monopólicas que detentan un poder real-, o el mismo sistema jurídico no lo permite por medios legales, por lo cual nos vemos atrapados por el concepto por defecto de Rawls (2012) “rechazo de conciencia” el cual queda fuera de su teoría:

El militante, por ejemplo, se opone mucho más profundamente al sistema político vigente, no lo acepta como casi justo o razonable, o bien cree que difiere ampliamente de sus principios declarados o que persigue una errónea concepción de la justicia. (p. 335)

El autor que seguimos intenta darnos una idea ejemplificativa, luego nos define; “El rechazo de conciencia no se basa necesariamente en principios políticos, puede

¿POR QUÉ LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA?

fundarse en principios religiosos o de otra índole, en desacuerdo con el orden constitucional” (Rawls, 2012, p. 336).

La pregunta problema queda determinada por la actualidad real donde vivimos, ¿cómo lidiamos con el rechazo de conciencia? ¿Estamos lejos de ser una sociedad justa, solo porque tenemos rechazo de conciencia? O en todo caso, ¿estamos siendo justos en la sociedad al admitir todo tipo de generación de rechazo de conciencia?

EL DESACUERDO POLÍTICO EN JACQUES RANCIÈRE

En este punto seguiremos en nuestra argumentación a Rancière (1996), quien nos habla sobre la razón del desacuerdo, y ¿por qué optamos por este autor? La razón próxima está al comienzo de su obra, cuando utiliza los términos “ser parte” o “no ser parte”, y ésto es importante determinar, ya que en una discusión sobre cuáles deberían ser los mecanismos adecuados para canalizar una demanda de rechazo de conciencia, habría que preguntarse si las mismas personas que lo pugnan ya “no serían parte” del sistema, en tal caso en palabras de Rancière (1996) no tendrían voz:

Puesto que el problema no es entenderse entre gente que habla, en sentido propio o figurado, lenguas diferentes, como tampoco remediar fallos del lenguaje mediante la invención de lenguajes nuevos. Es saber si los sujetos que se hacen contar en la interlocución son o no son, si hablan o si hacen ruido. (p. 69)

Esta argumentación nos hace ver que por más que en una sociedad se escuchen, procesen y acepten contenidos que rechazan conciencia estructurada, no significa necesariamente que ocurra un caos social apocalíptico, y es más, podríamos decir que estamos siendo más justos políticamente: “Hay política si la comunidad de la capacidad argumentativa y la capacidad metafórica es susceptible de suceder en cualquier momento y por obra de quienquiera” (Rancière, 1996, p. 81).

Creo que estas palabras del autor citado son suficientes para concluir en lo que hace a la razón del desacuerdo político, entonces nos preguntamos, si el desacuerdo es necesario y de imposible radicación en un estado democrático, ¿cómo deberíamos actuar en sociedad? ¿cómo deberíamos pensar el derecho?

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y LA LUCHA POR EL DERECHO EN VON IHERING

Deberíamos pensar el derecho como una lucha, una lucha por la defensa de nuestros intereses. Qué tiene que ver la lucha por el derecho de Von Ihering por sobre lo que hoy en día conocemos como participación ciudadana, porque hoy en día todavía discutimos sobre si la democracia debe ser participativa, cuando el autor citado ya nos decía hace más de cien años, en pleno siglo moderno, que el derecho es una lucha, posiblemente los autores contemporáneos lo contextualizan dentro de una realidad que no se condice con la actualidad, pero la claridad en la argumentación es suficiente para darle todo el crédito que se merece.

El autor trata en su obra, primero lo que es la lucha por el derecho en general, luego trata el interés en la lucha por el derecho, y finalmente concluye subdividiendo en dos la lucha por el derecho: “en la esfera individual” y “en la esfera social”.

Von Ihering (1974) nos dice, en el comienzo de su exposición, “la paz es el término del Derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo” (p. 9). “El Derecho es el trabajo sin descanso, y no solamente el trabajo de los poderes públicos, sino también el de todo el pueblo” (p. 10). “...el nacimiento del Derecho es siempre como el del hombre, un doloroso y difícil alumbramiento” (p. 19).

Parecería querer decir que, si el pueblo no acciona, nadie accionaría por el mismo, y que todas las conquistas reconocidas por el derecho al hombre, fueron fruto de

¿POR QUÉ LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA?

una larga lucha por los mismos. Esto no es otra cosa que el reconocimiento del interés social o individual por parte del derecho. El autor nos dice que, si una persona persigue la paz y no defiende su derecho en algún caso esporádico, no habría mayor problema, pero si estaríamos en problema si esto se acrecienta en la sociedad, si sucede frecuentemente que las personas no luchan por su derecho, entonces nos dice: "... se destruiría el derecho mismo, porque predica la fuga ante la injusticia, mientras que el derecho no existe sino luchando contra esta" (Von Ihering, 1974, p. 25).

Desde el punto de vista individual la lucha por el derecho siguiendo al autor, tiene dos condiciones, primero el dolor:

La patología del sentimiento legal es para el legista y para el filósofo del Derecho, o debería ser, porque sería inexacto afirmar que esto es así, lo que la patología del cuerpo humano es para los médicos, y revela indudablemente el secreto de todo el Derecho. (Von Ihering, 1974, p. 41)

Segundo, el carácter: "...la fuerza de acción, es una pura cuestión de carácter" (Von Ihering, 1974, p. 43).

Desde el punto de vista social el autor acentúa la importancia que tiene el hombre que defiende el derecho privado, nos dice: "Los que defienden el derecho privado son los únicos que pueden luchar por el derecho público y por el derecho de gentes" (Von Ihering, 1974, p. 62). "El hombre... combatiendo por su derecho, lo defiende en su totalidad; pero sabe además, que defendiendo el derecho en general, lucha por su derecho personal" (p 64).

Esto es muy interesante, a esta conclusión que llega el autor es de suma importancia para nuestra hipótesis, en este trabajo sobre el por qué de la participación ciudadana, y su relación con el interés en lo privado. "El medio más vigoroso para

proteger la nación contra una invasión extranjera es la fuerza moral unida al sentimiento del Derecho despertado en el pueblo” (Von Ihering, 1974, p. 65).

CONCLUSIÓN: ¿POR QUÉ LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA? EL AUTOR

La participación ciudadana es una cuestión social, pero directamente influida por una cuestión individual que la hace imperfecta a los ojos subjetivos. Objetivamente los mismos problemas sociales no serían problemas sino elementos que hacen a la realidad de una sociedad en un momento dado. ¿Cómo es esto?

Desde el punto de vista individual no es necesario participar en política si la persona que vive en sociedad tiene un sentido egoísta relativo por lo social, no le afecta a sus principios morales, no le hace sentir mal a sí mismo, o bien sintiéndose mal puede conseguir una felicidad relativa, puede continuar con su vida normalmente, o hasta sintiéndose absolutamente mal e infeliz desea de todas formas soportar la misma ya sea por ignorancia, ideología, o desconocimiento de la felicidad, este último caso no existiría, ya que la infelicidad sería lo normal y lo único conocido. El problema de todas formas estaría dado por la finalidad de la propia vida, si la finalidad de tu vida no estaría dada necesariamente por la necesidad de participar en política, entonces no hace falta que una persona participe políticamente. Ahora bien, si la persona se ve molesta por las actitudes políticas de la sociedad puede tomar parte para modificar su molestia o aguantar, o dejar pasar la misma molestia. En definitiva, el problema desde el punto de vista individual siempre sería relativo a los objetivos y sentimientos de cada persona, cuestión que no nos interesa, porque consideramos que la participación ciudadana es una cuestión social y no individual, como lo veremos seguidamente.

¿POR QUÉ LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA?

Desde el punto de vista social, decimos que tenemos que participar en política no sólo porque: 1- las personas nacen y mueren en sociedad; 2- sino también porque creemos que parte de los ser humanos, no sólo son malos en estado de naturaleza como creía Hobbes (2010), sino también son malos en estado social, malo en el sentido social, malo socialmente, contrario a los intereses sociales, los intereses sociales estarían dados por lo que la sociedad considera la forma correctamente de actuar y ser, forma que si bien se plasma en la cultura arrastrada por la historia social, solo lo analizaremos desde el punto de vista legal, creemos que el análisis legal nos dice mucho con respecto a la finalidad buscada por la sociedad, pero vemos que es la misma sociedad, la que busca no cumplir con las mismas normas creadas, sostenidas y buscadas, entonces la sociedad busca otra cosa o busca esa misma finalidad legal pero solo cuando le conviene a sus intereses, no creemos que lo primero pueda sostenerse porque no puede existir tampoco una contradicción absoluta, sino más bien creemos en lo segundo, existe una contradicción relativa que funciona casi mecánicamente según el interés particular de la persona que tiende a tomar una determinación en un momento dado en su vida, esa determinación obviamente es de cuestión individual. Por lo tanto, debemos participar en política solo por un interés individual, que puede ser de objetivo particular o grupal, pero que en su lucha mutua contra otros intereses particulares nos va a reflejar en la sociedad la realidad dinámica de la lucha de los intereses. La participación así, es voluntaria, pero nos enseña que si no participamos nos quedamos fuera de la pugna por hacer cumplir, mantener o conseguir nuestro interés particular o grupal. Los objetivos solidarios solo existen porque hay un porcentaje en la sociedad que desea intereses sociales reflejados en otro u otros sectores de la sociedad, y desea actualmente, de diversas maneras y métodos, ayudar a personas que no pueden, -por falta de poder o

cualquier otra índole- hacer cumplir sus objetivos particulares y muchas veces no desean ningún otro objetivo solidario que el determinado –ya sea por una cuestión de cualquier índole, de imposibilidad física o económica-. Pero en definitiva la participación siempre se trata de una lucha por el interés deseado, particular o grupal, pero jamás una lucha por un interés general, ya que si es general no habría con quien luchar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Dworkin, R. (2003). *Liberalismo, Constitución y Democracia*. Buenos Aires: La isla de la luna.

Hobbes, T. (2010). *Leviatan*. Buenos Aires: Editorial Libertador.

Maliandi, R. (1990). Justificación de la Democracia. En R. Vigo (Coord.), *En torno a la Democracia*. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni.

Quiroga Lavié, H. (1992). *Propuesta para Reforma de la Constitución Argentina* (tomo 1). San Luis: Editorial Universitaria.

Rawls, J. (2012). *Teoría de la Justicia*. D. F. México: Fondo de Cultura Económica.

Rancière, J. (1996). *El Desacuerdo Política y Filosofía*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión.

Von Ihering, R. (1974). *La Lucha por el Derecho*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

CURRICULUM VITAE

El autor es Abogado egresado de la UNNE, alumno regular del Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la UNNE, Especialista en Administración Financiera y Control de las Organizaciones Públicas de la UCP, Profesor Adscripto de

¿POR QUÉ LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA?

la Cátedras Filosofía del Derecho y Derecho Administrativo, ambas de la UCP y Profesor invitado disertante en la materia Historia del Pensamiento de la Carrera de Comercio Exterior de la UCP.

Correo electrónico: victorenrique_ms@hotmail.com

CUM LAUDE
Revista del Doctorado en Derecho
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas UNNE
Nº4 – Abril 2017
Corrientes – Argentina
ISSN: 2422-6408
info@revistacumlaude.com

FECHA DE RECEPCIÓN: 17/05/2016
FECHA DE ACEPTACIÓN: 11/02/2017

SISTEMA PROCESAL DISPOSITIVO Y MANDATO PREVENTIVO

JOSÉ OSVALDO LEDESMA

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL NORDESTE

RESUMEN

El propósito del presente artículo es exponer la relación de inflexión existente entre la estructura procesal dispositiva y el moderno instituto –de creación jurisprudencial- denominado por la doctrina “mandato preventivo”. En este marco, se exponen en líneas generales las manifestaciones principales del sistema procesal dispositivo y de la jurisdicción preventiva; luego se profundiza el análisis específico del mandato preventivo, sistematizando sus elementos caracterizantes a raíz de la observación jurisprudencial, esbozando sus principales fundamentos, la cuestión del derecho de defensa y su relación con el mencionado sistema procesal dispositivo.

PALABRAS CLAVE

Jurisdicción preventiva – orden preventiva – tipos procesales

ABSTRACT

The purpose of the present paper is to show the relationship of weakness between the dispositive procedural structure and the modern institute –that is a praetorian creation- called by the authors as ‘preventive order’. In general terms, the main manifestations of the dispositive procedural system and the preventive jurisdiction are exposed. Then the specific analysis of the preventive order is deepened, systematizing its characterizing elements following the jurisprudential observation, outlining its main basis, the topic of the right of defense and its connection with the mentioned dispositive procedural system.

KEYWORDS

Preventive jurisdiction – preventive order – procedural types

1. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente el proceso civil estuvo estructurado por el tipo procesal dispositivo concebido en términos absolutos, esto es, la plena soberanía de las partes en lo que a iniciativa, impulso procesal, delimitación del *thema decidendum* y disponibilidad del derecho material se refiere. Esto tenía como contracara la imposibilidad del juez de avanzar más allá de los cotos que el propio sistema le imponía, por lo que su margen de actuación estuvo siempre delimitado por la voluntad de las partes en los ítems mencionados. Ahora bien, algunas de estas manifestaciones del tipo dispositivo se fueron atenuando o flexibilizando con la creciente publicización y

constitucionalización del derecho privado, en cuyo marco el derecho humano fundamental de la tutela judicial efectiva, impuso al juez un rol social más activo en la abnegada tarea de administrar justicia e hizo nacer figuras impensadas algún tiempo atrás: la moderna noción de jurisdicción preventiva frente a la clásica justicia reparadora y dentro de aquella, la instauración doctrinaria y jurisprudencial de la llamada cautelar humanitaria o mandato preventivo, que es el eje de estudio de este trabajo de investigación.

A lo largo de este artículo se expondrá en líneas generales las manifestaciones principales del sistema procesal dispositivo y de la jurisdicción preventiva, para luego profundizar el análisis específico en el mandato preventivo, sistematizando sus elementos caracterizantes a raíz de la observación jurisprudencial, esbozando sus fundamentos, la cuestión del derecho de defensa y la relación de inflexión del sistema dispositivo frente a la medida cautelar humanitaria, para finalmente arribar a las debidas conclusiones del caso.

2. EL SISTEMA PROCESAL DISPOSITIVO

Los principios formativos del proceso son las directivas, orientaciones generales o líneas matrices en que se funda cada ordenamiento jurídico procesal y que sirven de bases previas para la estructuración de las leyes procesales y de guías para el juez (Midón y Midón, 2008).

A su vez este género comprende varias especies dentro de las cuales se encuentran los llamados sistemas o tipos procesales como formas metódicas sobre las que se desarrollan aquellos principios. Estos sistemas procesales se clasifican según distintos parámetros; a efectos del presente trabajo, se considerará aquel que se

determina según los poderes del juez y de las partes en el proceso, esto es, el tipo procesal dispositivo o el tipo procesal inquisitivo. El principio general en materia civil y comercial es que las partes son las dueñas de las potestades procesales lo que equivale a decir en otras palabras, en el proceso civil rige el sistema dispositivo. Parafraseando a Alvarado Velloso (s.f.), en el sistema dispositivo concebido en términos abstractos y puros rige una filosofía liberal donde el particular es el eje del sistema, es decir, las partes son tan dueñas del proceso que pueden decidir incluso cuando activarlo, paralizarlo o ponerle fin por los medios que deseen, fijan el litigio exacto a resolver y aportan el material destinado a probar sus afirmaciones, estando absolutamente vedadas tales posibilidades de actuación al juez.

El mencionado sistema o tipo procesal dispositivo se manifiesta en las siguientes instancias:

2.1. INICIATIVA

Esta idea está plasmada en la máxima romana *nemo iudex sine actore*, que quiere decir que el proceso civil debe iniciarse a instancia de parte; no se concibe en nuestro sistema la existencia de un juez que vaya por la vida en busca de entuertos que resolver, es la parte portadora de una pretensión legítima la que debe ocurrir ante los estrados tribunalicios en procura de justicia. Es también llamado “principio de demanda”, puesto que ésta la que constituye el acto inicial de apertura de la instancia. Pero es dable aclarar que la iniciativa se informa también con el concepto de *legitimación procesal activa*, por lo que no cualquier particular puede enervar la jurisdicción sino únicamente el sujeto titular de la relación jurídica determinada o portador de la pretensión de que se trate. Es la *legitimatío ad causam* activa en el sentido que a la expresión le otorga el maestro Chiovenda (1922), esto es, identidad de

la persona del actor con aquella a la cual la ley concede la acción.

2.2. IMPULSO PROCESAL

Constituye otra manifestación del tipo procesal dispositivo, y es una derivación de la concepción tradicional de que en un proceso civil son las partes las dueñas del mismo y por lo tanto, las únicas habilitadas para llevarlo adelante hasta que quede en estado de resolver. Sin embargo en los últimos tiempos ha venido perdiendo virtualidad frente al fortalecimiento de la figura del juez como director del proceso, lo que le atribuye potestades de impulso procesal impensadas en un sistema dispositivo extremo y que hogaño aparecen como habituales y fuera de discusión. Midón y Midón (2008) expresan sobre el particular lo siguiente:

el modo, el ritmo y el impulso son separados de la disponibilidad de las partes y regulados en cambio por la ley o bien por el juez, con poderes en el ejercicio de los cuales deberá tener en cuenta las concretas exigencias de la causa, respecto de lo cual las partes pueden actuar como colaboradoras del juez pero no como dueñas (...) la sustitución del juez espectador por el juez director y la mutación de un servicio jurisdiccional abstracto por uno más cerca del hombre y de sus derechos sustanciales, parece irreversible. (p. 140)

2.3. DELIMITACIÓN DEL *THEMA DECIDENDUM*

Son las partes quienes fijan en sus escritos postulatorios la plataforma fáctica que envuelve la cuestión controvertida sobre la que versará toda la discusión procesal civil, es decir son quienes aportan los hechos¹⁸. El *principio de congruencia* tal como se perfila en doctrina exige identidad entre las pretensiones deducidas en el proceso, los hechos alegados como fundamento de las mismas y las partes intervinientes por un lado

¹⁸ No así la plataforma jurídica que es del resorte exclusivo del juez, con total prescindencia de la calificación otorgada por las partes (principio *iura novit curia*) (Midón y Midón, 2008).

y la resolución emitida por el Tribunal por el otro (Peyrano, 1997). Se trata de un deber impuesto a los jueces por la legislación de forma¹⁹, para que tanto él como las partes sepan *ab initio* qué es lo que debe esclarecerse y sobre qué temas deben versar sus respectivas actividades, principalmente para evitar el estado de indefensión, estando vedado en consecuencia, el apartamiento de dichos tópicos por parte del juez, su ampliación o disminución. No obstante ello no es absoluto, la doctrina actual admite que en situaciones excepcionales el respeto irrestricto a este principio deba ceder ante la influencia de otros principios o deberes cuya observancia es más valiosa en el caso, y ello es así por cuanto el principio de congruencia fue instaurado en el proceso civil no para perjudicar a los justiciables sino todo lo contrario, para protegerlos de las arbitrariedades del Estado encarnado en el juez, por lo tanto debe ser interpretado con flexibilidad y no en forma rígida y formalista (Peyrano, s.f.).

Como se aprecia entonces, el principio de congruencia no reviste carácter absoluto sino relativo, lo que implica que deba ceder frente a intereses superiores; esto se traduce en la posibilidad del juez de apartarse de los términos en que quedó delimitado el *thema decidendum* cuando las circunstancias del caso y la naturaleza de los bienes comprometidos lo tornen conveniente, con el debido respeto –claro está- del derecho de defensa en juicio, lo que tiene directa relación con el tema que se expondrá *infra*.

2.4. DISPONIBILIDAD DEL DERECHO MATERIAL

Parafraseando a Palacio (2003), se puede afirmar que una vez iniciado el proceso, el órgano judicial queda ligado a la voluntad de las partes relativas a la suerte

¹⁹ En Corrientes, artículo 34 inciso 4) del C.P.C. y C., que obliga a los jueces a respetar “*la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia*”.

de aquél o tendientes a la modificación o extinción de la relación del derecho material en la cual se fundó la pretensión. Así, el actor puede desistir de la pretensión –sujeto a ciertas condiciones- o del derecho y también el demandado puede ponerle fin al proceso al estar facultado para allanarse a la pretensión; finalmente, ambas partes pueden transigir, conciliarse o someter el pleito a la decisión de árbitros o de amigables componedores; todo ello con la excepción de cierta clase de relaciones jurídicas, las cuales en razón de la existencia de un interés social comprometido, imponen la necesidad de que prevalezcan los poderes del juez por sobre las facultades dispositivas de las partes, como sucede con los procesos relativos al estado civil y a la capacidad de las personas.

3. LA JURISDICCIÓN PREVENTIVA

3.1. GENERALIDADES

La tutela judicial efectiva o acceso a la justicia es un concepto procesal genérico que implica la remoción de cualquier obstáculo a la realización del derecho material de los justiciables, siendo sus manifestaciones jurídicas tradicionales las siguientes: derecho a la acción, es decir, a ocurrir ante los tribunales de justicia a hacer valer una pretensión determinada y consecuentemente, de provocar la activación del aparato jurisdiccional del Estado; derecho a la sentencia, esto es, a una decisión oportuna y motivada que resuelva sobre el mérito de la cuestión oportunamente traída a conocimiento del tribunal; derecho al recurso, en otras palabras, a la revisión del pronunciamiento y derecho a la ejecución, o dicho de otra manera, a que la sentencia dictada se cumpla.

Sin perjuicio de ello, en los últimos tiempos la doctrina autoral (Reviriego,

2012) comenzó a agregar como elemento integrante de la tutela judicial efectiva, a la llamada tutela jurisdiccional preventiva, en el entendimiento de que el acceso a la justicia no solo implica el tradicional complejo bagaje de herramientas tendientes a la realización de un derecho sustancial que repare consecuencias dañosas ya acaecidas, sino también de uno que evite las que fueren inminentes, cuando ello fuere posible, y sin restricciones, limitaciones ni reservas²⁰.

El Derecho Privado clásico se desinteresó de las actividades jurisdiccionales preventivas. Se creía que la función del juez era solamente restablecer el orden jurídico vulnerado y con ello la paz social quebrantada en el caso concreto. Sin embargo, con el devenir de los tiempos los autores más vanguardistas –no sin alguna resistencia- comenzaron a atribuir de hecho al Juez del Siglo XXI una función más protectora que reparadora. En este orden de ideas se ha dicho que

Seguimos hipnotizados –inadvertidamente, a veces- con el preconcepto de que sólo ante la existencia de un derecho lesionado puede postularse, exitosamente, el ejercicio de actividad jurisdiccional. El ejercicio de una función jurisdiccional preventiva -a la que persiguen estimular las acciones preventivas que nos ocupan- es, en cambio, para nosotros uno de los “mandamientos” que debe cumplir el buen juez civil del siglo XXI. (Peyrano, s.f., p. 2)

Tradicionalmente se creía que la prevención de los daños era actividad *a priori* exclusiva del Estado gobernada por las normas del Derecho Administrativo, esto es, una manifestación del poder de policía administrativo, de carácter preventivo y represor, y que los jueces sólo podían actuar *a posteriori* en caso de vulneración de los derechos en

²⁰ Al respecto, el autor se pregunta lo siguiente:

¿podría el tribunal denegar el acceso por considerar que no existe una lesión actual de derechos? Creemos, modestamente, que no. Si existe un peligro, amenaza o potencialidad de perjuicio, el tribunal debe actuar preventivamente, porque así lo mandan las normas constitucionales e internacionales de tutela judicial efectiva. (Reviriego, 2012, p. 139)

los casos concretos. Posteriormente, como se dijo, algunos civilistas fueron pioneros en la lucha por imponer la tutela judicial preventiva, a la que denominaron tutela inhibitoria²¹ y al final la temática se instaló en la esfera del Derecho Procesal Civil. Esto se dio así porque, paulatinamente, la sociedad moderna fue evolucionando y, junto al debilitamiento de las esferas de actuación administrativas en Iberoamérica como consecuencia del avance de las ideas neoliberales (Peyrano, s.f.)²², comenzó a exigir de los jueces mucho más que administrar justicia en los casos concretos: les asignó de hecho un nuevo rol de carácter profiláctico: prevenir y cuando ello no sea posible, restablecer el orden quebrantado, y todo ello no en forma subsidiaria de la Administración sino en forma principal, como una nueva manifestación de lo que tradicionalmente se conoce como tutela judicial efectiva²³, esbozada *ut supra*.

Además, debe tenerse en cuenta que, si bien no en la totalidad de los casos, buena parte de las manifestaciones de la jurisdicción preventiva se traducen en mandatos contra actos u omisiones de la autoridad pública, potencialmente dañosos; va de suyo entonces que, en estos casos, sea un poder distinto al administrador quien ordene la cesación del riesgo o peligro que enerva la mencionada actuación

²¹ Ricardo Lorenzetti y Noemí Nicolau, entre otros. Peyrano (s.f.) critica esta denominación porque considera que la tutela preventiva es más amplia, implica mucho más que una mera pretensión inhibitoria –hacer cesar conductas perjudiciales–.

²² Al respecto, el autor se expresa en las siguientes palabras:

Dicha circunstancia [el achicamiento del Estado que se ha registrado en casi la totalidad de las naciones iberoamericanas] ha provocado la desaparición de organismos dependientes del Poder administrador que alguna suerte de contralor ejercían sobre una ancha franja de cuestiones que han quedado huérfanas de intervención gubernamental. Ello explica el fortalecimiento del rol de los jueces y la imperiosa necesidad experimentada por éstos de contar con “tutelas diferenciadas” de las corrientes, que les permitan ejercer cabalmente el nuevo perfil que –de hecho– les ha conferido la sociedad. Esto ha venido a esbozar un nuevo perfil del juez civil, que sin ser autoritario se encuentra fortalecido en sus atribuciones. (Peyrano, s.f., párr. 4)

²³ Reviriego (2012) reflexiona en torno a este punto en los siguientes términos textuales:

la intervención judicial preventiva se sustenta constitucionalmente en el derecho a una tutela judicial efectiva. Si el poder administrador no ejerce sus competencias u omite velar por la seguridad de los ciudadanos, son los jueces quienes deben evitar la violación del ordenamiento jurídico, o, en su defecto, disponer la reparación. Pero no en carácter subsidiario o por defecto del poder administrador, sino en ejercicio de facultades y cumplimiento de deberes propios, como garante de la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos. (pp. 140-141)

jurisdiccional preventiva.

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, aprobado por Ley N° 26.994, hace eco de este cambio de paradigma consagrando en el artículo 1710, al margen de la tradicional función resarcitoria de la responsabilidad civil –que es consignada en forma posterior-, a la función preventiva. Posteriormente la nueva legislación privada instaura también la *acción preventiva* como especie de aquella, en los artículos 1711 a 1713, los cuales serán analizados *infra*.

3.2. FIGURAS PROCESALES COMPRENDIDAS

La jurisdicción preventiva se manifiesta en varios institutos procesales distintos pero ligados entre sí por la misma finalidad: evitar la perpetración de un daño frente a un factor de peligro actual o inminente. Los enunciaremos sumariamente, habida cuenta de los límites de extensión de este trabajo y de que solo nos interesa el desarrollo de uno de ellos, el mandato preventivo.

Así, tenemos en un primer momento como vía idónea por excelencia para materializar un despliegue jurisdiccional preventivo, a la llamada *acción preventiva*, que es una acción (rectius: “pretensión”) de condena que opera en supuestos de relaciones de hecho respecto de las cuales existe una posibilidad de afectación o daño al patrimonio moral o material de quien la promueve. Generalmente, la efectividad de esta herramienta procesal exige que vaya acompañada también de una medida cautelar innovativa o de una prohibición de innovar para lo que se requiere, además de los ya mencionados, la concurrencia del requisito del *periculum in damni*. De tener éxito, la acción preventiva se traducirá, por lo general, en una orden de hacer o de no hacer que busque revertir o modificar la situación fáctica que genera el riesgo de daño o de

persistencia o repetición que justifica su promoción (Peyrano, s.f.).

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, entre tantas innovaciones – desde el punto de vista legislativo, porque ya existían en el debate doctrinario y jurisprudencial-, materializó a la acción preventiva dentro de la sección de la función preventiva de la responsabilidad civil. Así, en tres artículos -1711 a 1713-, se regula la naturaleza y alcances de esta acción, la legitimación activa y algunas directivas de contenido para la sentencia que se dicte. Hay que destacar que en la nueva legislación se considera irrelevante la existencia o no de factores de atribución, lo cual es coherente porque la jurisdicción preventiva es objetiva en la búsqueda de evitación del daño, la cuestión de los mencionados factores cobra relevancia en la etapa posterior o resarcitoria, cuando el perjuicio ya está consumado.

En segundo lugar podemos traer a colación a las llamadas *medidas autosatisfactivas* como institutos capaces de otorgar una efectiva jurisdicción tutelar o preventiva, siempre y cuando se den sus requisitos de procedencia: que lo pedido por el requirente sea portador de una pretensión principal muy urgente pero no cautelar (autonomía instrumental) y que ésta se resuelva y agote con el dictado de la propia medida, sin requerir otra sentencia o resolución que aclare lo decidido (autonomía en la resolución).

El tercer instituto con entidad para materializar una tutela preventiva es la *acción de amparo* pero en su modalidad *preventiva*, es decir, frente a la amenaza de actos u omisiones de una autoridad pública que, en forma inminente, conculquen derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, los tratados internacionales y las constituciones provinciales. El inconveniente con esta figura es que, a raíz de las discrepancias legislativas existentes entre Nación y cada una de las Provincias, en

algunos casos se ha tornado una herramienta inidónea y es por todos sabido que aquello que en un principio se previó como una acción tutelar *expedita y rápida* termina convertida en la práctica, las más de las veces, en un largo proceso ordinario, lo que va en desmedro de su eficacia. Por su íntima relación, podemos incluir en este apartado también a las acciones de *hábeas corpus* y de *hábeas data* –ambas en su modalidad *preventiva*- como manifestaciones del tema en estudio, para la evitación de daños relativos a la libertad ambulatoria y los datos personales o informaciones susceptibles de causar perjuicios, respectivamente.

También podemos enrolar dentro del género de la tutela preventiva a las denominadas *acciones meramente declarativas*, que son las que tienen por objeto hacer cesar un estado de incertidumbre sobre los elementos y alcances de una determinada relación jurídica y de esta forma evitan futuros entuertos. La diferencia con las acciones preventivas propiamente dichas radica en que en aquellas la tutela preventiva va dirigida a otorgar certeza a un dilema jurídico mientras que la incertidumbre que pesa sobre éstas es eminentemente fáctica, sin perjuicio de que pudiera existir una relación jurídica preexistente (Reviriego, 2012).

Finalmente, la jurisdicción preventiva se materializa desde hace algún tiempo en una figura que surgió de manera pretoriana y que cuenta apenas con cierto tratamiento autorral -al menos en la forma tal como se expondrá en este trabajo- y ningún reconocimiento en el plano legislativo: el *mandato preventivo*. Debido a su importancia y a que -en razón de su oficiosidad- se trata de uno de los mayores puntos de debilitación del sistema procesal civil dispositivo, tema que nos ocupa, dedicaremos un apartado especial a su tratamiento.

4. EL MANDATO PREVENTIVO

4.1. CONCEPTO

El *mandato preventivo* o *cautelar humanitaria* es una institución producto de la elaboración doctrinaria y jurisprudencial, que se enrola, como dijimos, dentro de la jurisdicción preventiva. Peyrano (1991) la definió en un primer momento como “...una medida que puede ordenar el Juez, a sujetos que no son partes en el proceso dentro del cual se emiten, obligándolos a adoptar determinados comportamientos, con el objeto de prevenir el acaecimiento o la repetición de daños probables” (p. 1). No obstante lo dicho, sabemos que la medida puede tener también como destinatarias -además de terceros- a las propias partes, como ocurrió en el fallo “Zalazar” del Juzgado Civil y Comercial N° 7 de Corrientes; en otras palabras, el destinatario de la orden *–legitimatío ad causam* pasiva- no es rasgo definitorio del mandato preventivo sino, como se explicará *infra*, el conocimiento de la situación de riesgo en el marco de un proceso, la indisponibilidad del derecho a proteger, la oficiosidad de la medida, su finalidad preventiva y su independencia del *thema decidendum* de la causa en la que se dicta. Posteriormente en otro trabajo, el mismo autor parece advertir esta circunstancia, al esbozar la siguiente definición que se acerca más a la verdadera naturaleza del instituto en estudio:

¿De qué se trata, por ejemplo, el mandato preventivo? Pues de materializar procesalmente el ideario conforme al cual el órgano jurisdiccional puede y debe, oficiosamente, emitir órdenes judiciales (aun respecto de terceros ajenos al proceso civil respectivo) cuando la sustanciación de un proceso le ha dado la oportunidad de tomar conocimiento de que es probable que un daño ya acaecido se repita (o agrave) en detrimento de sujetos identificados o no. (Peyrano, 2008, p. 140)

Sin perjuicio de una mejor explicación *infra*, cuando abordemos los ejemplos

jurisprudenciales y la caracterización de la figura a raíz de los elementos que podemos extraer de aquellos, nos aventuramos a esbozar, modestamente, la siguiente definición de mandato preventivo: *es una orden obligatoria contenida en una resolución judicial, adoptada oficiosamente, dirigida a una de las partes intervinientes en el proceso, a ambas o a un tercero, separable del resto del decisorio, con el objeto de neutralizar preventivamente una situación de peligro sobre un bien o derecho de naturaleza indisponible, cuya existencia queda de manifiesto con motivo del proceso.*

4.2. JURISPRUDENCIA

Como suele ocurrir en muchos casos, la jurisprudencia avanza más rápido que la doctrina y no es menos cierto que en muchos casos toma ventaja incluso sobre la propia letra de la ley. El concepto de mandato preventivo es de creación pretoriana, esto es, nació en fallos judiciales de casos concretos y recién posteriormente a partir de estas observaciones comenzó a perfilarse en doctrina, aunque sin reconocimiento legal por el momento. Existen dos casos, ya mencionados reiteradamente en la literatura procesal, “Altamirano” y “Carrizo”; a ellos podemos sumar a nivel local el reciente fallo “Zalazar” del Juzgado Civil y Comercial N° 7 de Corrientes que ha hecho eco de los principios de la institución que nos ocupa. Los relataremos sucintamente.

El primer supuesto se dio ante la muerte de una niña, ahogada en una acumulación artificial de aguas formadas en terreno del Ejército argentino, donde la parte actora pretendía simplemente una indemnización de daños y perjuicios pero el Tribunal oficiosamente, para evitar que un siniestro similar volviera a ocurrir, dispuso la construcción de una cerca que aislara las excavaciones, la colocación de carteles indicativos del peligro y la instauración de un servicio permanente de vigilancia, todo

bajo apercibimiento de mandar hacerlo por un tercero a costa de la demandada²⁴.

El segundo caso ampliamente difundido se conoce con el nombre de "Carrizo", donde se demandó la indemnización de daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito en un paso nivel sin barreras ni señalizaciones, pretensión que, si bien fue rechazada porque en el caso concreto había culpa de la víctima, dejó de manifiesto las deplorables condiciones en que se encontraba el paso a nivel por lo que la Corte bonaerense mantuvo la medida de prevención de daños dispuesta por el a quo que consistía en el dictado de una cautelar innovativa tendiente a materializar en el lugar las medidas de seguridad mencionadas en un plazo de treinta días²⁵.

El tercer caso que puede traerse a colación para ilustrar este moderno instituto, que sin lugar a dudas no agota el listado de pronunciamientos jurisprudenciales al respecto pero que por su novedad y por pertenecer al ámbito local es menester mencionar, es el denominado fallo "Zalazar", dictado por la Sra. Juez Civil y Comercial N° 7 de la ciudad de Corrientes²⁶. La sentencia fue pronunciada como consecuencia de una acción de amparo tendiente a obtener la provisión de por vida de determinados medicamentos para el tratamiento de la artritis reumatoide deformante que padecía la accionante; sin embargo, la magistrada no sólo acogió la pretensión sino que además, al advertir que la actora corría peligro de suicidio dispuso, preventivamente y de oficio, que la obra social le brindase atención psiquiátrica e informe al Juzgado las acciones llevadas a cabo para resguardar la vida de la actora bajo apercibimiento de realizarlo a su costa (Esperanza, s.f.).

²⁴ Resolución de la Cámara Federal de La Plata, publicada en JA, 1988 -III- 96.

²⁵ "Carrizo, Carlos Alberto y otra c. Tejeda, Gustavo y otra -Daños y Perjuicios", resuelta el 30 de marzo de 2005.

²⁶ "Zalazar, Lidia Ramona c/ Instituto de Obra Social de Corrientes y/o Estado de la Provincia de Corrientes s/ Amparo", sentencia del 11 de noviembre de 2014.

Si nos detenemos un momento a analizar los ejemplos dados, advertiremos que en todos los supuestos el principio dispositivo y el de congruencia, además de la legitimación procesal, fueron dejados de lado por los magistrados sentenciantes; son fallos que comprenden pero exceden la tradicional solución del conflicto entre dos partes al estilo romano de “Cayo y Ticio”, conceden o deniegan, sí, pero van oficiosamente más allá de lo solicitado, esto es, desde un punto de vista tradicional e individualista son incongruentes porque ordenan algo *extra petita* pero desde una óptica moderna son coherentes, porque en todo caso, responden a intereses superiores que delimitan el rol que la sociedad actual llama a desempeñar a los jueces.

4.3. ELEMENTOS CARACTERIZANTES

Haciendo una interpretación de los casos con que ilustramos la figura en el apartado anterior, podemos extraer sus elementos caracterizantes, que expondremos sumariamente en apartados diferentes para un mejor abordaje.

4.3.1. CONOCIMIENTO DE UNA SITUACIÓN DE PELIGRO

El primero de ellos es que la situación de peligro llega a conocimiento del juez dentro del marco de la actividad probatoria desplegada pero de una manera que podríamos calificar de “casual”; en otros términos, se da dentro de un proceso donde lo que se discute puede tener mayor o menor relación con el contenido de la orden preventiva que se dicta, pero no constituye el *thema decidendum* en sentido estricto.

Si bien como se dijo en el párrafo anterior, existe la necesidad de que el conocimiento que el juez obtiene del riesgo se produzca dentro del ámbito procesal, es decir, en el marco de un juicio concreto, ello forma parte de un debate aún no cerrado, sobre todo cuando los destinatarios de la orden son terceros ajenos a las partes

intervinientes en el proceso, porque en este caso no hubo posibilidad de defensa, al menos antes de emitirse la orden; consecuentemente, hay quienes piensan que es irrelevante que el mandato preventivo se produzca dentro o fuera de un juicio (Reviriego, 2012)²⁷.

4.3.2. OFICIOSIDAD DE LA ORDEN PREVENTIVA

El mandato preventivo debe surgir por iniciativa propia del juez. No es compatible con esta figura la petición concreta de la demandante ni menos aún – obviamente- de la demandada, aunque la situación de peligro acreditada pudiera haber quedado de manifiesto en sus escritos postulatorios. Esto debe quedar claro, de lo contrario no hay mandato preventivo sino, en todo caso, una *acción preventiva*, amparo u otra pretensión tuitiva. El mandato preventivo tal como se viene perfilando en doctrina requiere inexistencia de petición previa.

4.3.3. INDEPENDENCIA DEL MANDATO PREVENTIVO RESPECTO DE LA PRETENSIÓN ORIGINAL DEL PROCESO

También se ha mencionado que las órdenes *extra petita* –léase los ‘mandatos preventivos’- emanadas en los casos estudiados son ontológicamente separables del decisorio en sí que le sirve de ocasión, el de “Cayo y Ticio”, que debe ser coherente y congruente con el *thema decidendum* del litigio y que puede hacer lugar o rechazar la demanda. Con esto queda de manifiesto que, si bien en el marco de una causa concreta, el mandato preventivo es complementario y escindible de aquella, pudiendo dar lugar a

²⁷ En torno a este tema, el autor se plantea lo siguiente:

Ahora bien, parece coincidir la doctrina en cuanto la emisión de mandatos preventivos se da cuando en la oportunidad de la sustanciación de un proceso surge como necesario. Y si el juez, como un ciudadano más, toma conocimiento, fuera de un proceso judicial, de una situación fáctica que tiene potencialidad para producir daños, ¿Puede actuar de oficio? Seguramente muchos pensarán que no, que excedemos el marco del derecho procesal o que arrasamos con el principio dispositivo, pero entonces ¿Por qué podría hacerlo, incluso respecto a terceros, dentro de un proceso ajeno a ellos? La respuesta permanece abierta. (Reviriego, 2012, pp. 159-160)

recursos propios. Parafraseando a Peyrano (s.f.), el mandato preventivo guarda con el proceso en el cual se imparte una relación de ocasión o si se quiere, de “excusa”, por lo que todas las actuaciones posteriores deberían seguir un trámite totalmente independiente del juicio original y ser pasibles del control y los recursos que pudiera estar en condiciones de ejercitar el destinatario de la orden respectiva.

4.3.4. OBLIGATORIEDAD DE LA DECISIÓN

Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior en cuanto a su complementariedad, se debe dejar en claro que el mandato preventivo es una orden judicial y no un mero consejo o advertencia, como tal participa de todos los caracteres propios de aquella, vale decir, si no se acata en tiempo y forma puede quedar incurso el destinatario en el delito de desobediencia, y su cumplimiento efectivo puede, en su caso, estimularse a través de la instrumentación de medios compulsorios tales como la aplicación de astreintes o el despacho de otras medidas conminatorias.

4.3.5. INDISPONIBILIDAD DEL DERECHO A PROTEGER

Los casos traídos a colación tienen, finalmente, la nota común caracterizante de que en todos ellos el mandato preventivo tiende a prevenir el inminente acaecimiento de un daño sobre un bien que no es transigible, renunciable o disponible, en otros términos, un derecho que no es exclusivamente patrimonial y privado, sino que al Estado le concierne proteger por estar comprometido el orden o interés público o por involucrar su responsabilidad internacional en virtud de compromisos asumidos (derecho a la vida, a la salud, a un medio ambiente sano, a la seguridad pública, etc.). En suma, se intenta proteger valores que son trascendentales para toda la comunidad y que encuentran su basamento nada menos que en los derechos fundamentales. Es justamente esta clase de derechos la que habilita la emisión oficiosa por parte del juez de una orden preventiva.

La prevención de daños a bienes exclusivamente privados y renunciables se podrá canalizar, en todo caso, a través de una acción preventiva u otra clase de tutela de las enunciadas *ut supra*, mas no bajo la forma de mandato preventivo oficioso.

4.4. FUNDAMENTACIÓN

4.4.1. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LOS JUECES

La reforma sustancial y adjetiva del orden jurídico argentino, que va desde la incorporación de nuevos derechos y garantías (arts. 41, 42 y 43) en la Constitución Nacional de 1994 y la consiguiente jerarquización en igual rango de ciertos tratados sobre derechos humanos que conforman, en su conjunto, el llamado “bloque de constitucionalidad” (art. 75 inc. 22), hasta la sanción del nuevo Código Civil y Comercial que incorpora a la función preventiva de la responsabilidad, ha gravitado de manera decisiva para el desarrollo de la tutela jurisdiccional preventiva y, en particular, del mandato preventivo. La nueva jerarquización de los mencionados instrumentos internacionales obliga a los jueces del Siglo XXI a adaptar su actuar a los principios y garantías contenidas en ellos.

El mandato preventivo o cautelar humanitaria se erige en un derecho humano fundamental y por eso constituye un deber y un principio rector en la actuación y toma de decisiones de los jueces de los países que conforman la comunidad internacional. Esto se enmarca en el llamado *neoconstitucionalismo* y es la base ideológica del activismo judicial. En materia de derechos humanos, los jueces ya no deben conformarse con aplicar las leyes a rajatabla sino que deben aspirar a lograr la máxima eficiencia y realización de tales derechos.

El dictado de un mandato preventivo entonces no es hoy una mera facultad sino

un verdadero deber de los jueces, máxime porque, como se dijo *ut supra*, la tutela anticipatoria se cierce sobre derechos humanos o derechos comunes esenciales, todo ello habida cuenta de los compromisos que frente a la Comunidad Internacional asumió nuestro Estado. En este sentido y concordemente con el pensamiento de Foglia (2015) frente a la amenaza de sufrir un menoscabo en los derechos de las personas ante normas, actos o hechos provenientes ya sea tanto de los distintos poderes u órganos estatales como de particulares, surge la responsabilidad objetiva internacional del Estado parte, por desconocer principios rectores como la buena fe y principio *pacta sunt servanda* en la suscripción de los Tratados Internacionales en desmedro del *ius cogens*. En otras palabras, el juez actual debe ser un juez activista, con responsabilidad social y en este marco tiene un verdadero deber más que facultad: velar –aún oficiosamente- por la materialización de la tutela contenida en aquellos instrumentos supranacionales, so pena de hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional por su omisión.

4.4.2. LA NUEVA LEGISLACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

El Código de Vélez, inspirado en las ideas del liberalismo clásico propias del Siglo XIX, establecía un sistema de responsabilidad civil exclusivamente resarcitorio, es decir, se trataba de restablecer *a posteriori* mediante una indemnización, la situación anterior al momento de producirse el hecho dañoso. Este sistema se mantuvo incluso luego de la reforma de la ley 17.711, aunque se avanzó un paso instaurando en primer lugar la reparación en especie y luego el equivalente en dinero según el art. 1083 Código Civil (Herrera, M., Caramelo, G. y Picasso, S., 2015).

En el ordenamiento jurídico argentino desde hace unos años se viene experimentando un verdadero cambio de paradigma donde la prevención pasa a ser la regla de oro y el resarcimiento cumple una función secundaria. Este cambio comenzó,

naturalmente, en jurisprudencia y doctrina, pero actualmente cuenta con reconocimiento legislativo en la nueva legislación privada. No es azaroso que la propia metodología del Código así lo indique. Nótese que en el Capítulo de la Responsabilidad Civil²⁸ se ubica primeramente la sección de la función preventiva de ésta y luego la resarcitoria. Confirmando lo dicho anteriormente, el artículo 1708 establece que “*Las disposiciones de este título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación*”.

A continuación, pasando estrictamente a lo que nos ocupa, el artículo 1710 establece el deber de toda persona, *en cuanto de ella dependa*, de evitar causar un daño no justificado, de adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud y de no agravar el daño, si ya se produjo. Se advierte que dispone un verdadero imperativo jurídico por cuanto dice “debe”, y además se dirige a “toda persona”, concepto que sin dudas hay que analizar en cada caso, no obstante, la pregunta es: ¿están comprendidos los jueces dentro de los destinatarios del deber de adoptar estas medidas de prevención? Entendemos que no; la norma se dirige a los particulares; en otras palabras, nos cuesta incluir a los jueces en este artículo al menos desde el punto de vista de su responsabilidad civil, esto es, su omisión de tomar medidas no debe ser causal de la obligación de resarcir los daños que se produzcan. Sin embargo lo importante aquí es el espíritu de la norma, lo que coloca a los jueces sino en un imperativo jurídico, al menos en un deber “moral” si se quiere llamar de alguna manera, por razones de humanidad, de tomar todas las medidas que estén a su alcance para evitar la producción o agravación de un daño cuando “de él dependa” y a cuyo conocimiento llega dentro de

²⁸ Libro Tercero “Derechos Personales”, Título V “Otras fuentes de las obligaciones”, Capítulo 1 “Responsabilidad civil”, Sección 2^a “Función preventiva y punición excesiva” y Sección 3^a “Función resarcitoria”.

su “esfera de actuación”, esto es, el proceso.

4.5. LA CUESTIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA

Una discusión pendiente es la cuestión de la afectación a la garantía constitucional del derecho de defensa, sobre todo cuando los destinatarios del mandato son terceros ajenos a la controversia, distintos de las partes intervinientes.

Cuando la destinataria de la orden es la propia demandada y existe alguna relación entre el mandato preventivo y el *thema decidendum*, parece difícil hacer lugar a este planteo porque, en mayor o menor medida, aquella habrá tenido la oportunidad razonable y suficiente de presentar las pruebas que desvirtúen los hechos afirmados por la accionante como fundamentos de su pretensión. En cambio no es tan fácil cuando, aunque entre los mismos sujetos procesales, la potencialidad dañosa que intenta neutralizar el mandato provenga de una fuente extraña al *thema decidendum*, sobre la cual no hubo actividad probatoria plena; ni hablar si el destinatario de la orden es un tercero que ni siquiera tuvo la posibilidad de participar del debate procesal.

Nos adscribimos a la postura que niega afectación al derecho de defensa. Ello es así porque, como dejamos evidenciado *ut supra*, el mandato preventivo no se agota en sí mismo sino que merced a su independencia del decisorio al que complementa, existe la posibilidad de actuaciones posteriores –un juicio de conocimiento, por ejemplo- donde el destinatario de la orden oficiosa tenga oportunidad razonable y suficiente de ofrecer y producir las pruebas que hagan a su derecho. Sería una solución similar a la de las medidas cautelares que en un principio tramitan *inaudita parte* y luego se bilateralizan y controvierten plenamente; una solución distinta, esto es, la impresión de un trámite contencioso *ab initio*, podría atentar contra la eficacia de la medida tomada y tornar

ilusoria la posibilidad de evitar el acaecimiento del evento dañoso en cuestión. En disidencia con lo dicho en último término, cierta doctrina propugna que el tercero sea citado al proceso, salvo casos extremadamente urgentes (Reviriego, 2012).

4.6. LA INFLEXIÓN DEL SISTEMA PROCESAL DISPOSITIVO

El mandato preventivo, como se dijo, afecta directamente al sistema procesal dispositivo por poner en jaque a dos de sus desprendimientos, el principio de congruencia –delimitación del *thema decidendum*- y la legitimación procesal – iniciativa-. La pregunta entonces es ¿no obstante dicha afectación, es válido? Entendemos que sí, porque cuando están en juego derechos de los enunciados *ut supra* – derechos humanos o comunes esenciales- las normas instrumentales deben flexibilizarse para dar paso a la tutela protectoria preventiva de la cual el mandato preventivo es una especie, es decir, es el marco procesal el que debe ceder para la protección del derecho material amenazado y no al revés, supeditando la tuición a los moldes procesales, so pena de incurrir en responsabilidad internacional, como también se puso de manifiesto precedentemente. En torno a esta cuestión, Foglia (2015) se expide en los siguientes términos textuales:

El proceso judicial debe, en respuesta a este confieso paradigma protectorio, mutar en redefiniciones, en particular cuando hay posibles lesiones a derechos humanos esenciales, siendo que la dificultad en acceder a la justicia y la duración de los pleitos puede derivar en daños irreparables a quien tiene razón para clamar por justicia, en los estrados tribunalicios. (párr. 26)

En similar sentido, al perfilar el principio de congruencia, Midón y Midón (2008) expresan que este se refiere a

el juez no puede válidamente decidir sobre puntos que no han sido objeto de litigio, no

conceder más de lo reclamado ni dejar de juzgar sobre alguna de las cuestiones litigiosas fundamentales, vale decir: no debe juzgar, respectivamente, *extra, ultra o citra petita*. Corresponde advertir, sin embargo, que el juez posee potestad para proceder aún de oficio en la consideración de cuestiones en las que estén comprometidos intereses públicos, siendo altamente ilustrativo al respecto el denominado “*mandato preventivo o de seguridad*”. (p. 41)

Además de las razones esgrimidas precedentemente, es dable mencionar que la posibilidad de soslayar al principio de congruencia y la legitimación procesal se compadece también con las nuevas ideas sobre tutela judicial efectiva, que acentúa el perfil del juez como activista de la justicia y no un mero espectador estático de la actividad de las partes. En este sentido se ha dicho que

Ya no puede permanecer él [juez] casi extraño al proceso, como un pasivo espectador de la contienda de las partes. Al contrario, debe ser un protagonista activo para satisfacer, desde luego con respeto de las garantías de la defensa en juicio, las exigencias de los tiempos al sistema de tutela jurisdiccional del Estado. (Midón y Midón, 2008, p. 39)

5. CONCLUSIONES

La jurisdicción preventiva encuentra su principal basamento en el concepto de tutela judicial efectiva o acceso a la justicia, *aggiornado* con la particularidad de las exigencias propias de la sociedad actual. Hoy, además del derecho de acción, de recurso, de obtención de una sentencia oportuna y motivada y de ejecución de ésta, los justiciables reclaman a los jueces un paso más: la previsión y anticipación a los eventos dañosos antes que su resarcimiento, en otras palabras, la gente aun implícitamente exige a la judicatura que las soluciones lleguen antes que los problemas. Además, con la

reforma constitucional de 1994 y la consecuente jerarquización de los instrumentos internacionales de derechos humanos se ha enfatizado aún más en la necesidad de que se tomen medidas de protección a las garantías fundamentales amenazadas antes que ocurra el evento dañoso, lo que ha dado un marco propicio para el surgimiento y desarrollo de esta idea de tutela jurisdiccional preventiva.

Esto es coherente también con el cambio de paradigma en materia de derecho de daños, desde el Código de Vélez que ordenaba la reparación en dinero, pasando por la reforma de la Ley 17.711 que introdujo la reparación en especie para culminar luego en la novísima legislación privada argentina, que consagra en primer lugar la función preventiva de la responsabilidad civil –regulando en particular a la acción preventiva- y recién luego la resarcitoria.

En contra de la jurisdicción preventiva y acorde con el pensamiento tradicional conservador, se dijo que los jueces que emiten estas sentencias invaden facultades propias del Poder Ejecutivo, a quien incumbe *a priori* la prevención de los daños, reservando al Poder Judicial su reparación, restablecimiento o indemnización *a posteriori*. Sin embargo, ha quedado demostrado que cuando el acto u omisión con potencialidad dañosa o contraria a derecho proviene de una autoridad pública –las más de las veces- es difícil que sea la propia Administración quien voluntariamente cese en su conducta, se requiere un tercero imparcial que se lo ordene –que es el juez-; por otra parte, cuando la peligrosidad que se intenta evitar proviene de particulares, juega en contra la debilitación de las esferas de actuación administrativa en las naciones iberoamericanas en las últimas décadas, lo que también constituye un hecho notorio conforme la doctrina citada en este trabajo y una vez más justifica el accionar judicial preventivo.

SISTEMA PROCESAL DISPOSITIVO Y MANDATO PREVENTIVO

Con relación a la afectación del derecho de defensa, principalmente en los casos en que el mandato preventivo no tiene íntima relación con el *thema decidendum* o se dirige a terceras personas, esto es, en situaciones donde existió escasa o nula posibilidad de alegación y de prueba por parte del destinatario de la orden –previo al dictado de la misma-, debe quedar claro que la independencia de ésta respecto del decisorio que resuelve la litis, permite que esa cuestión pueda controvertirse ampliamente en un proceso posterior y de esta forma quede a salvo el ejercicio de la mencionada garantía constitucional.

Las clásicas manifestaciones del sistema o tipo procesal dispositivo –esto es, el principio de congruencia y la legitimación procesal-, así como el valor seguridad jurídica deben ceder y flexibilizarse cuando estamos en presencia de una cautelar humanitaria o mandato preventivo, por cuanto lo que la orden oficiosa intenta es anular el riesgo de daño que se cierne sobre un derecho humano fundamental cuya violación atenta contra compromisos asumidos internacionalmente; dicho esto, huelga cualquier otra excusa.

En última instancia debe entenderse al mandato preventivo como parte de un proceso evolutivo jurídico-ideológico complejo que ya no tiene vuelta atrás porque se compadece con el nuevo perfil del juez como guardián del interés público y dador de paz social, actividad que por lo excelsa trasciende la voluntad de los particulares y el principio dispositivo haciendo del servicio de justicia, en consecuencia, una actividad más humana y sensible a los requerimientos de la sociedad.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alvarado Velloso, A. (s.f.). *Teoría General del Proceso – Lección 5*. Academia Virtual

- Iberoamericana de Derecho y de Altos Estudios Judiciales. Recuperado de <https://manuelriera.files.wordpress.com/2010/11/leccion-5-los-sistemas-procesales.pdf>
- Chiovenda, J. (1922). *Principios de Derecho Procesal Civil* (Tomo 1). Madrid: Reus.
- Esperanza, S. (s.f.). *El mandato preventivo complementario*. Recuperado de <http://www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/jurisprudencia/publicaciones-juridicas/pdf/2015/EL-MANDATO-PREVENTIVO-COMPLEMENTARIO.-Esperanza.pdf?iframe=true&width=95%&height=95%>
- Foglia, R. (2015). Jurisdicción preventiva en materia de derechos humanos. En A. Islas Colin y A. Martínez Lazcano (Coords.), *Derechos Humanos: Protección jurisdiccional y no jurisdiccional en los sistemas nacional e interamericano*. Villahermosa: Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Recuperado de <http://www.primerainstancia.com.mx/articulos/jurisdiccion-preventiva-en-materia-de-derechos-humanos/>
- Herrera, M., Caramelo, G. y Picasso, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (Tomo 4). Buenos Aires: Infojus.
- Midón, G. E. de y Midón, M. S. (2008). *Manual de Derecho Procesal Civil* (1ª ed.). Buenos Aires: La Ley.
- Palacio, L. E. (2003). *Manual de Derecho Procesal Civil* (17ª ed. act.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Peyrano, J. W. (s.f.). *La acción preventiva*. Recuperado de www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artaccionpreventiva
- Peyrano, J. W. (1991, noviembre 29). El “mandato” preventivo. *La Ley*, 91-E, 1276.

Peyrano, J. W. (1997). *Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial* (2ª ed.). Rosario: Zeus.

Peyrano, J. W., (2008). *Problemas y soluciones procesales*. Rosario: Editorial Juris.

Reviriego, J. A. (2012). La tutela preventiva y la acción preventiva en el Derecho Argentino. *Ars Boni Et Aequi*, 8(1), 135-170.

CURRÍCULUM VITAE

Abogado (U.N.N.E.). Procurador (U.N.N.E.). Escribano Público Nacional (U.N.N.E.). Diplomado en Dirección del Servicio Nacional de Facilitadores Judiciales (U.C.P.). Juez de Paz de Berón de Astrada -Corrientes-. Ex docente adscripto de las asignaturas “Derecho Comercial I° Curso” en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas y “Nociones Introdutorias de Derecho” en la Carrera de Licenciatura en Relaciones Laborales de la Facultad de Ciencias Económicas, ambas de la U.N.N.E. Ex Integrante de Proyecto de Investigación Acreditado en calidad de Personal de Apoyo y ex Becario de Iniciación de la Secretaría General de Ciencia y Técnica de la U.N.N.E.

Correo electrónico: drledesma87@hotmail.com