

# REFLEXIONES

DABA 25º Aniversario

*Una revista de pensamiento universitario*

## Editorial



LILIANA BRUZZO  
Directora / UCSE DABA

En el 25º Aniversario de nuestro Departamento Académico Buenos Aires nos complace presentar el sexto número de **Reflexiones**, la revista de esta sede de la Universidad Católica de Santiago del Estero, en la que abordamos con nuestra habitual mirada sistémica y transdisciplinaria enfoques de autor sobre asuntos de debate público.

En materia jurídica presentamos un artículo sobre las notificaciones en el procedimiento laboral en la Provincia de Buenos Aires, y otro sobre la Legítima Defensa, a partir del análisis de un caso.

En materia educativa, este número incluye un artículo de análisis sobre los temas y enfoques que convergen en la cuestión de la disciplina escolar, y otro sobre los métodos de evaluación institucional y académica sobre la oferta en la educación superior.

Incluimos asimismo un análisis sobre la potencialidad de la Cooperación Educativa entre la Argentina y China, y un artículo sobre la recuperación del término Democracia como concepto político.

Junto con nuestro agradecimiento a los autores, enviamos a todos nuestros más cordiales saludos.

## Sumario

2. *La disciplina escolar*  
EUGENIO FABIÁN VISICONDE
5. *Argentina y China: Oportunidades desaprovechadas en la Cooperación Educativa*  
PROF. GONZALO VILLARRUEL
7. *Breves apuntes sobre las notificaciones en el procedimiento laboral de la Provincia de Buenos Aires*  
DR. DIEGO J. TULA / DR. ÁLVARO GARCÍA COSSOVICH / DR. FABRICIO J. COELLO GRASSI
9. *Educación Superior. ¿Evaluar o metaevaluar, cuál es la cuestión?*  
ADRIANA SILVIA DI DEO
10. *El problema de desinstitucionalizar a la democracia*  
LISI TREJO
12. *La legítima defensa, analizada desde un caso aparentemente sencillo*  
PABLO JAVIER FLORES

# La disciplina escolar.

## Perspectivas y acentuaciones históricas acerca del espacio del aula en la educación básica a partir de la pedagogía moderna



**Eugenio Fabián Visiconde**  
Licenciado en Gestión de las Instituciones Educativas., UCSE. Master en Desarrollo Directivo y Liderazgo, U de Barcelona. Tutor de Trabajos Finales de Grado en UCSE. Facilitador del Programa de Formación Continua en el Gobierno de la CABA.

### 1- La disciplina en sociedades disciplinarias

La cuestión de la disciplina refiere, indudablemente, a la existencia de cada sujeto. Todas las personas nacemos, crecemos y nos desarrollamos en sociedades e instituciones relativamente disciplinarias, debido a que las organizaciones sociales poseen y despliegan diversos mecanismos de inscripción en la ley -de control y protección- sustentados en un poder ordenador.<sup>1</sup>

Precisamente, Michel Foucault, investigador y destacado pensador del siglo XX- reflexiona acerca de la construcción del cuerpo por medio de un poder disciplinador y de sus manifestaciones sociales. En una de sus obras expresa:

La “disciplina” no puede identificarse ni con una institución ni con un aparato. Es un tipo de poder, una modalidad para ejercerlo, implicando todo un conjunto de instrumentos, de técnicas, de procedimientos, de niveles de aplicación, de metas; es una “Física” o una “anatomía” del poder, una tecnología.<sup>2</sup>

En el mundo actual nos encontramos con diversidad de sociedades en las que los sujetos son “disciplinados” por diferentes instituciones, siendo el hogar, la escuela y el trabajo los ámbitos más influyentes para aprender a comportarse en vida social. Dussel y Caruso<sup>3</sup> (1999) describieron históricamente como las disciplinas sociales fijaron a cada cual en su lugar, a fin de que todos actúen según las formas de gobierno imperante. Anteriormente, Michel Foucault (1978) en “La Verdad y las formas jurídicas” señala que la sociedad disciplinaria surge en el momento en que los regímenes penales implementaron determinadas estrategias y tácticas en la aplicación de las penas. Recién a finales del siglo XVIII y a comienzos del XIX, el castigo se volvió más leve y sutil, dándole mayor importancia a la observación y vigilancia de los individuos, de los cuerpos. (p. 97-98). Ésta relación cuerpo-poder es relevante en su planteamiento filosófico, ya que el cuerpo establece relaciones con otros, sumergido en un campo político, estableciendo relaciones sociales de poder. Al respecto, el mismo autor afirma:

*(...) el cuerpo está directamente inmerso en un campo político; las relaciones de poder operan sobre él una presa inmediata; lo cercan, lo marcan, lo dominan, lo someten a suplicio, lo fuerzan a unos trabajos, lo obligan a unas ceremonias, exigen de él unos signos. (Vigilar y Castigar, p. 32)*

Este mecanismo de disciplinamiento no es un elemento únicamente constitutivo de las sociedades modernas, muy por el contrario, es una práctica ejercida a lo largo de los tiempos, por instituciones

que detentaban el control social.<sup>4</sup> En la actualidad, al pertenecer a redes sociales en las que interactuamos con otros, el poder circula. Aunque el poder es inherente a nosotros, también es externo y generalmente circula como influencia de abajo hacia arriba. Para Foucault, no se trata de un poder absoluto, es el poder fraccionado en lo microscópico, al que denomina microfísica del poder.

Esta idea foucaultiana está emparentada con el concepto de “bio-poder”. En la misma línea, Caruso y Dussell (1999) sostienen:

*El sujeto del poder ya no era pensado como individuo aislado, sino como parte de una población a la que se debía controlar en tanto población. Si bien las formas de bio-poder emergen antes del período considerado por Foucault, creemos que sólo a fines del siglo XIX sus efectos se hicieron sentir con fuerza en la pedagogía. Las acciones derivadas de la biopolítica fueron llamadas por Foucault “regulaciones”: ya no se trataba de disciplinar el cuerpo para producir efectos en la mente, (...) sino de regular un organismo vivo, que crece y se transforma, lo que en ese momento se empezó a designar como “sociedad”. (p. 144)*

Por ello, sociedad y disciplina están estrechamente ligadas. Históricamente los sujetos son controlados, corregidos y vigilados, al transitar por todos los espacios sociales; se enfrentan a poderes y micro-poderes. Otra vez, Foucault, al referirse a esta relación incorpora el concepto de panóptico, definiéndolo como la pretensión de abarcarlo todo con la mirada.

El panóptico era un sitio en forma de anillo en medio del cual había un patio con una torre en el centro. El anillo estaba dividido en pequeñas celdas que daban al interior y al exterior y en cada una de esas pequeñas celdas había, según los objetivos de la institución, un niño aprendiendo a escribir, un obrero trabajando, un prisionero expiando sus culpas, un loco actualizando su locura, etc. En otras palabras, se trata de un tipo de poder que se traduce en la sociedad que actualmente conocemos, una utopía que efectivamente se realizó. Este tipo de poder bien puede recibir el nombre de “panoptismo”. En tal sentido, en otra parte de su conferencia Foucault afirma:

*(...) es uno de los rasgos característicos de nuestra sociedad: una forma que se ejerce sobre los individuos a la manera de vigilancia individual y continua, como control de castigo y recompensa y como corrección, es decir, como método de formación y transformación de los individuos en función de ciertas normas. Estos tres aspectos del panoptismo –vigilancia, control y corrección– constituyen una dimensión fundamental y característica de las relaciones de poder que existen en nuestra sociedad. (Op. Cit., p. 117)*

Como hemos puntualizado hasta aquí, los conceptos foucaultianos acerca de la disciplina social –como invención y conjunto de técnicas de control anteriores a la expansión del capitalismo– están presentes en todas las esferas en las cuales el individuo se desarrolla en interacción con otros. Por tanto, el dispositivo escuela y los mecanismos de disciplina hacia el interior de la misma –especialmente a partir del surgimiento de la escuela moderna– no están ajenos a estas cuestiones, ya que la institución educativa es uno de los ámbitos donde, a través del discurso de la cultura, se sistematiza, ordena y normaliza la vida individual y social del ser humano.

### 2. La disciplina escolar y la organización del espacio áulico desde una mirada histórica

En un intento de aproximación a una problemática compleja y reconociendo las limitaciones del presente artículo, además de advertir que la historia de la educación es basta como para ser abarcada desde la antigüedad hasta la actualidad, optamos por esbozar brevemente las principales concepciones pedagógicas acerca del tema, especialmente las que surgieron a partir de la escuela moderna.

Precisamente, esta escuela desarrolló algunos principios y fundamentos que hoy siguen vigentes. En esta línea, Narodowski (2008) menciona los siguientes:

- El alumno ocupa el lugar del no saber. A partir de allí se puede comprender la organización jerárquica en la escuela y la asimetría respecto del rol y autoridad del maestro;
- una concepción moderna de la infancia;
- existencia de una alianza entre familia y escuela;
- presencia de utopías totalizadoras, como por ejemplo, el ideal pansófico;<sup>5</sup>
- la institución escolar como única poseedora y transmisora del conocimiento;
- la instrucción simultánea como método de enseñanza;
- la simultaneidad sistemática; y
- la organización de etapas bien marcadas y gradualidades preestablecidas.<sup>6</sup>

En cuanto a la relación entre infancia y escuela, Narodowski y Baquero (1994) definieron a la institución escolar como un dispositivo construido por la modernidad para encerrar al niño. Por eso mismo, la infancia en tanto dispositivo central de la institución educativa es caracterizada como heterónoma, obediente e ignorante. Aquí se puede visualizar con claridad la asimetría en la cual se ubica al alumno.

Volviendo al tema que nos convoca, describimos a continuación las diferentes perspectivas respecto de la disciplina escolar para este perfil de alumnos, intentando hacer una síntesis a partir de los aportes pedagógicos de Comenius (1592-1670), de La Salle (1651-1719), Rousseau (1712-1778) y Lancaster (1778-1838).

*La “disciplina” no puede identificarse ni con una institución ni con un aparato. Es un tipo de poder, una modalidad para ejercerlo, implicando todo un conjunto de instrumentos, de técnicas, de procedimientos, de niveles de aplicación, de metas; es una “Física” o una “anatomía” del poder, una tecnología.<sup>2</sup>*

Si bien inicialmente podríamos recurrir a los grandes pedagogos humanistas que escribieron extensos tratados acerca de la educación de las elites europeas –Erasmus de

<sup>1</sup> FOUCAULT, Michel (1978). La Verdad y las formas jurídicas. Rio de Janeiro: Gedisa, p. 95.

<sup>2</sup> FOUCAULT, Michel (1998). Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión. México: Siglo Veintiuno editores, p. 218.

<sup>3</sup> DUSSEL, Inés y CARUSO, Marcelo (1999). La invención del aula. Una genealogía de las formas de enseñar. Buenos Aires: Santillana, pp. 143-145.

<sup>4</sup> FOUCAULT, Michel (1998). Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión. México: Editorial Siglo veintiuno, p. 141.

<sup>5</sup> Se entiende por ideal pansófico el concepto introducido por Juan Amós Comenio acerca de la universalidad de la enseñanza: “En las escuelas hay que enseñar todo a todos”. La simultaneidad es pues, otro elemento clave de la utopía comeniana puesto que aparece ordenando tiempos, contenidos y métodos.

<sup>6</sup> Cfr. NARODOWSKI, Mariano (1999). Después de clase. Desencantos y desafíos de la escuela actual. Edu/causa: Ediciones Novedades Educativas, p. 20





Róterdam (1467-1536); Vittorino da Feltre (1378-1446), entre otros-, nos centraremos en los pedagogos de la modernidad, por ser ellos los principales referentes de una educación popular y masiva.

Comenius, en su obra programática más importante –**la Didáctica Magna**– estableció las bases sobre las que se estructuró el aula moderna. En dicha obra postula el método global de enseñanza o de instrucción simultánea, en el cual el maestro (uno) ordenará a una diversidad de alumnos frente a él. En este sentido, toma elementos de una visión cosmológico de ordenamiento del mundo; el sol como eje central de todos los demás movimientos: una autoridad centralizada como encarnación de la unificación.<sup>7</sup>

Tal como señalamos, Comenius fue quien resumió de la mejor manera el ideal pansófico “Enseñar todo a todos”. No sólo todos deben ir a la escuela, sino todos –además– deben hacerlo al mismo tiempo. Es aquí donde se pone en evidencia una concepción particular del orden escolar: una única institución, un grupo variado de alumnos y un maestro como principio de autoridad, quien –además de poseer el saber–, fundamentalmente jerarquiza el desarrollo del método, por sobre el control de los sujetos infantiles.

Respecto a la concepción comeniana acerca de la disciplina, la misma fue empleada por la autoridad escolar sin pasión, ira u odio, debido a que no se trata de una reacción desmedida frente a un acto incorrecto cometido por un alumno, sino más bien una expresión de amor paternal aplicada en su provecho. Como señalaba Narodowsky (2008):

*Para Comenius, la educación de los hijos “corresponde naturalmente a los padres [...], a los cuales prestan ayuda los maestros de las escuelas” (p.66). Esto, en un principio, se debe a que “son raros [...] aquellos que o sepan o puedan, o estén sin ocupaciones para entregarse a la enseñanza de los suyos” (ibíd.). Es decir, aquí la función docente es complementaria de la paterna y surge en virtud de la detección de una carencia. (Infancia y Poder, p. 64).*

El mismo investigador afirma que si bien el Estado fue concebido como organismo de control, representando el interés general, el traspaso de la educación infantil a la esfera pública necesariamente implicó de un trabajo mancomunado –una forma de alianza– entre los padres y los maestros (p.65).

De allí que, a partir de Comenio, el aula representará –además de la materialidad que forma parte de ella–, una estructura de comunicación jerárquica entre sujetos al modo de la conducción social. Sus reglas no son definidas por todos y la comunicación no sólo se basa en el saber, sino que es una relación de poder, el cual no es absoluto. De todos modos, es el docente quien tiene más poder para definir las pautas y normas dentro de ese vínculo.

Para hacer un correlato con la actualidad, respecto de la autoridad del docente, podemos sostener que el lugar del saber –conocimientos y habilidades didácticas– queda casi desvanecido, al situarse en el mismo plano que el poder de los medios de comunicación, las tecnologías y los contenidos que circulan a través de las redes digitales. En este marco, la escuela parece ser el ámbito donde los niños y jóvenes “vegetan”, sin grandes motivaciones e intereses.

A partir de Juan Bautista de La Salle –organizador de la Congregación de los Hermanos de las Escuelas Cristianas– aparece un nuevo paradigma de la pedagogía moderna. A diferencia del método simultáneo de Comenio, presentó en su obra “Las Meditaciones” el modo como se deben disponer los cuerpos en la escuela. Hasta el siglo XVIII no se tomaban en cuenta las diferencias de edades en la enseñanza y tampoco se acotaba el número de alumnos en las aulas.

De La Salle adopta la denominada “pedagogía del detalle”, donde cada pequeña acción, aunque fuese significativa estaría reglamentada, atendida e influida por el docente. Él fue quien denomina al territorio donde se trabaja con los niños “salón de clases”. En dicho ámbito no se habla de número de alumnos, se lo considera como un colectivo asistido por la figura del docente. Este método presupone un proceso de homogeneización de los sujetos escolares. Por eso, les recomienda a sus maestros:

*Es necesario que constituya vuestro primer cuidado y primer efecto de vuestra vigilancia el ser atentos a vuestros alumnos para impedir que practiquen alguna acción, no solamente mala, incluso alguna inconveniente, haciendo que se abstengan de la menor apariencia de pecado. (Méditations: 194, 2 en Narodowsky: 2008, p. 104).*

Además, adopta varias formas disciplinarias de los jesuitas, como por ejemplo la vigilancia constante sobre el cuerpo infantil y sobre el cuerpo docente. Los cuerpos ocupan un lugar y sólo un lugar, por lo tanto piensa el aula como una cuadrícula; el docente vigila en el centro y se espera de los alumnos el silencio que favorezca el trabajo escolar. Los lugares son equivalentes, pero no son intercambiables.

La “omnipotencia docente” es capaz de producir el control, tanto en la distancia como en la cercanía (Narodowsky: 2008, p. 105). A su vez, la mirada docente de la disciplina en el aula también se encuentra restringida por múltiples elementos, dado que el maestro no es libre en términos de su práctica pedagógica por el hecho de ser “vigilado” intelectualmente. Para tal fin, La Salle pensó en la figura de los hermanos. Éstos realizan la vigilancia epistemológica para que la enseñanza se desarrolle sin errores y en un clima adecuado.

Sin embargo, este notable pedagogo procura demostrar que el niño también es responsable de la disciplina y, con el fin de “ocultar” las diferencias individuales, instala dos procesos bien delimitados: la admisión y la exclusión. La primera referida a la entrevista, para determinar si un niño es educable y la segunda era utilizada con la intención de detectar aquellos que pudieran perturbar el orden de la clase.

A partir de Rosseau, sobre todo después de su obra “Emilio o de la Educación” –publicada en 1762–, se sientan las bases de una pedagogía naturalista. Este filósofo supera, en cierto sentido, la concepción disciplinaria lasallana porque se apoya en la bondad y confianza en la naturaleza humana, desde una visión primitiva, anterior a todo lo social. En efecto, el protagonista de la obra debe honrar a sus padres, pero la obediencia se la debe solamente a su maestro/ preceptor. Todos los derechos le han sido transferidos a su educador, quien tiene la tarea de acompañarlo en su crecimiento hasta que el niño se haga adulto (entiéndase adultez, en términos de ciudadanía). El preceptor es crucial para provocar los cambios “espontáneamente generados”.

En este sentido, Rousseau esboza los fundamentos de la concepción de autoridad moderna: sobre la base de una personalidad autónoma, reflexiva que controle sus impulsos, se erige una autoridad que no necesita de la fuerza ni de la represión externa, sino que opera desde la más temprana socialización, “domesticando” al niño (Dussel y Caruso: 1999, pp.202-203). Fue uno de los primeros en mencionar la idea de libertad en el alumno, unida a la rigurosidad en la vigilancia y disciplina para que éste pueda alcanzar el gobierno de sí.

*Comenius fue quien resumió de la mejor manera el ideal pansófico “Enseñar todo a todos”. No sólo todos deben ir a la escuela, sino todos –además– deben hacerlo al mismo tiempo.*

Paralelamente a movimientos pedagógicos y de obreros surgidos en Europa, especialmente en Alemania, se originan ciertas corrientes que comparten la nacionalidad inglesa. Es aquí donde aparecen los aportes de Lancaster, Hamilton, Bell y Wilderspin.

Lancaster es el más destacado, pues ha dejado un gran legado a la pedagogía, resaltando la instrucción simultánea, el sistema de monitores (o método lancasteriano), las letras del alfabeto y la subdivisión en clases del grupo escolar. Este pedagogo procura educar a los niños pobres, encerrándolos en escuelas para que se internalice en ellos la disciplina. Las aulas contaban con la autoridad del docente, mediatizada por los monitores, quienes eran alumnos avanzados a los que se los capacitaba para enseñar a sus compañeros los conocimientos adquiridos anteriormente. Aquí, se visualiza el concepto vertido anteriormente respecto del “intelectual vigilado”. Antes era sólo el docente quien ocupaba el lugar del saber, ahora con este nuevo método interactuaban los alumnos, quienes también estaban involucrados en esas relaciones de saber y poder.

Hasta aquí la cuestión histórica.

<sup>7</sup> DUSSEL, Inés y CARUSO, Marcelo (1999). Op. Cit., pp. 60-61.



### 3. Reflexiones finales.

Al ser el aula una construcción histórica –principalmente un resultado de la modernidad–, los aportes de los pedagogos presentados hasta aquí nos permiten considerar que la enseñanza es un acto estructurado entre sujetos y está influenciada por la arquitectura y la organización del espacio escolar. Nos referimos a interacciones que no se basan únicamente en el saber, sino que están ligadas a relaciones de poder.

Es sabido que la enseñanza se da en una institución entrecruzada por cultura, prácticas, currículum y planes de estudio, vínculos y normativas. En este sentido, lo que sucede en el aula necesariamente reproduce un ordenamiento que le viene de lo social. Por ende, la escuela y el aula puedan pensarse –considerando la perspectiva foucaultiana– como una reproducción de situaciones de gobierno y control. Es aquí donde se pueden advertir posibles conexiones entre escuela-aula-sociedad-gobierno.

Parecería que las formas de control y vigilancia que se dan en la sociedad tienen una estrecha relación con lo que sucede en la aula de clase, aunque no sólo en ella. A partir de M. Foucault, el sujeto ya no era pensado como individuo aislado, sino como parte de una población a la que se debía “mirar” en tanto tal (...): *ya no se trataba de disciplinar el cuerpo para producir efectos en la mente, sino de regular un organismo vivo, que crece y se transforma (...)* (Cfr. Caruso y Dussel: 1999, p. 144).

Tal como anticipamos al inicio, los mecanismos disciplinadores operan a lo largo de nuestra vida, a través de diferentes modalidades. En la familia, a través de nuestros padres o adultos a cargo; en el trabajo, por nuestros “jefes” directos; en los hospitales, por los agentes de salud; en la calle, por agentes de tránsito, la policía, las cámaras de video, etc. Cada vez más estamos siendo objeto de observaciones constantes.

Ahora bien, ¿será posible que la escuela se corra de ese lugar?. Si releemos los aportes de los pedagogos referidos más arriba y, a su vez, si nos detenemos a observar los espacios áulicos hoy, posiblemente habremos respondido la pregunta. Sin embargo, si pensamos en las nuevas formas escolares y en las innovaciones que se vienen introduciendo en la enseñanza –inclusión de las TIC, nuevos estilos de liderazgo docente, nuevas concepciones en torno a la convivencia escolar, nuevas miradas respecto del rol de los padres y los docentes– ello nos obliga a revisar los marcos de referencia que muchas veces se continúan sosteniendo sobre el trabajo en las aulas. Quizá tengamos que resignificar el sentido formativo que tiene la disciplina escolar –recuperando lo viejo y lo nuevo– a fin de favorecer un entorno y ambiente propicio para que los procesos de enseñanza y aprendizaje sean más potentes y efectivos.

### Jan Comenius / 1592-1671

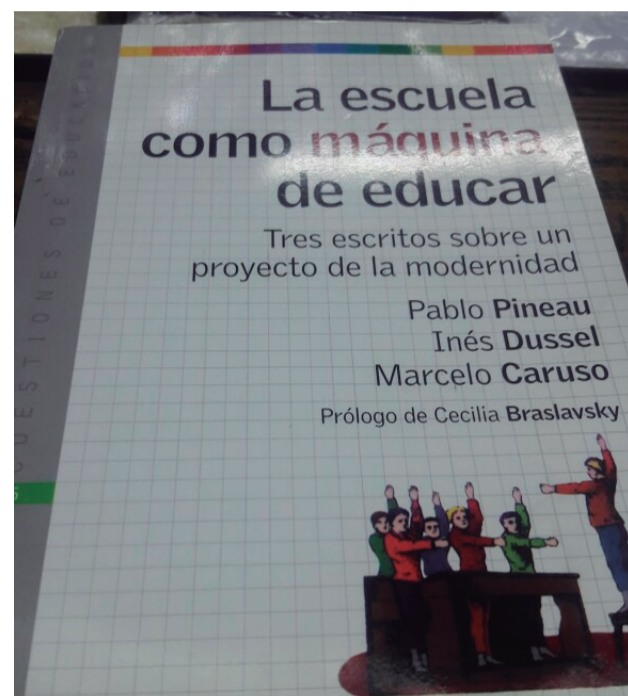


### Bibliografía utilizada

- » BAQUERO, R. y NARODOWSKI, M.: ¿Existe la infancia? Revista del Instituto de investigaciones en Ciencias de la Educación, N° 6, 1994.
- » BAQUERO, R. y NARODOWSKI, M.: Normalidad y normatividad en pedagogía, Alternativas, Año IV, Nro. 5, 1991.
- » CARUSO, M.: Sus hábitos medio civilizados: enseñanza, disciplinas y disciplinamiento en América Latina, en: “Revista Educación y Pedagogía”, Vol. XV, Nro. 37, Universidad de Antioquia, julio de 1984.
- » COMENIUS, J.: Didáctica Magna, México: Porrúa, 1999.
- » FOUCAULT, M.: La microfísica del poder. Madrid: Editorial Ediciones de la Piqueta, 1992.
- » FOUCAULT, M.: La verdad y las formas jurídicas, México: Gedisa, 1986.
- » FOUCAULT, M.: Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión. México: Siglo Veintiuno editores, 1998.
- » DUSSEL, I. y CARUSO, M.: La invención del aula. Una genealogía de las formas de enseñar, Buenos Aires, Santillana, 1999.
- » LA SALLE, J.B.: Meditaciones sobre el misterio de la enseñanza, Imprenta Juan Bravo, Madrid, 1951.
- » LIPOVETSKY, G.: El crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos, Anagrama Colección Argumentos, Barcelona, 1994.
- » LIPOVETSKY, G.: La era del vacío. Ensayos sobre el individualismo contemporáneo, Barcelona: Anagrama, 1998.
- » NARODOWSKI, M.: Infancia y poder. La conformación de la pedagogía moderna, Aique, Buenos Aires, 2008.
- » NARODOWSKI, M.: Después de clase. Desencantos y desafíos de la escuela actual. Edu/causa: Ediciones Novedades Educativas, 1999.
- » NARODOWSKI, M.: El desorden de la educación. Ordenado alfabéticamente, Buenos Aires: Prometeo, 2004.
- » ROUSSEAU, J.: Emilio o de la educación, Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1982.
- » SCIALABBA, A.: ¿Se está muriendo la escuela? La responsabilidad de la aparición de las nuevas tecnologías en la redefinición de la escuela, Universidad Nacional de Quilmes, Programa “Sujetos y Políticas en Educación”, 1991.



Michel Foucault



### LIDERAZGO educativo



Enseña Todo a Todos.  
Pues recibiendo toda buena educación serán capaces de generar ideas, desear y conseguir, sus sueños, obrar el bien, sabrán por que caminos andar y proteger la posición de cada uno.

Juan Amos Comenio Didactica Magna

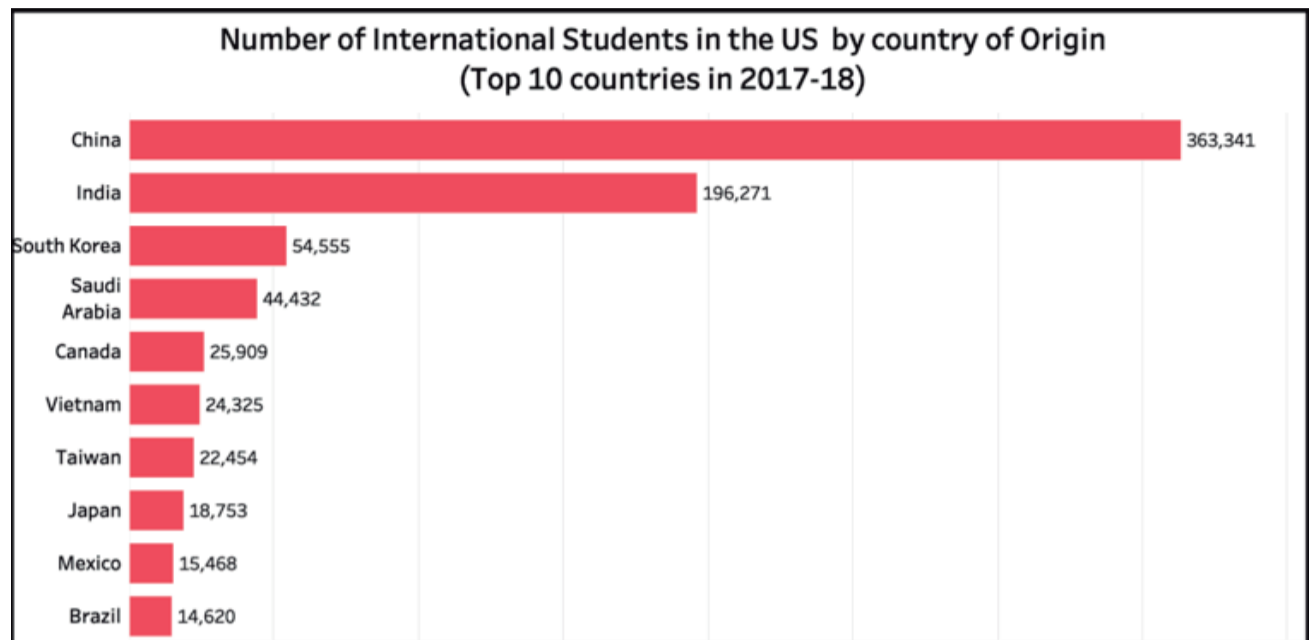


# Argentina y China: Oportunidades desaprovechadas en la Cooperación Educativa

Prof. Gonzalo Villarruel



. Director de Relaciones Institucionales del Centro Universitario de Idiomas (FAUBA)  
 . Licenciado en Historia (UBA)  
 . Cursó su Maestría en México y Doctorado en Historia en UTDT  
 . Más de quince años de trabajo en educación internacional promocionando a Argentina como destino educativo en ferias y misiones educativas en Estados Unidos, Brasil, Europa y China



Argentina está desaprovechando una oportunidad inmejorable para posicionarse como destino educativo para estudiantes de la República Popular China (en adelante, RPCh). Nuestro país se incorporó tarde al proceso de internacionalización de la educación, varias décadas después de la guerra, cuando ya en otras regiones era una práctica extendida, promovida y regulada desde gobiernos e instituciones públicas y privadas. Atravesadas por una visión fundacional y limitada, autoridades educativas y académicas consideraban que tal práctica era una “privatización de la educación”, entendiendo que “comerciar” con la educación era rebajarla a una mercancía.

Fue esta visión limitada la que dejó a nuestro país al margen de un movimiento que transformó instituciones, programas y carreras enteras en otros países, de avances en áreas claves y sobre todo de la rica experiencia de conocer cómo piensan, viven, producen y transmiten conocimiento y valores otras sociedades.

Hoy, después de una década y media o casi dos de cooperación educativa internacional cada vez más creciente, esa realidad ha empezado a cambiar en todos los niveles de intercambio: alumnos, docentes, investigadores, funcionarios, pero todavía en niveles limitados si comparamos con lo que sucede en otras regiones.

## El intercambio educativo como fuente de prestigio, competitividad y divisas para el sistema educativo

A rasgos generales, podemos definir dos tipos de intercambios educativos en el nivel superior universitario o incluso en el terciario: el *intercambio de reciprocidad* en el que se elimina el requisito arancelario allí donde existe y por el cual los alumnos de ambas instituciones no pagan matrícula y el intercambio sin reciprocidad que por lo general se da en propuestas de programas cortos y son una fuente de ingresos legítimos para las universidades. Este tipo es el menos aprovechado en nuestro país.

En términos reales, la educación internacional no es otra cosa que la exportación de servicios educativos, una de las industrias más activas en la economía global. Los datos son contundentes, como muestran algunos ejemplos.

Estados Unidos exportó educación internacional por un total de 37 mil millones de dólares en 2019: recibió casi 1.2 millones de estudiantes extranjeros, un cuarto de los cuales fueron de la RPCh, el mayor proveedor de estudiantes a las universidades del mundo en este momento. El Reino Unido, otro importante destino, en el período 2017-2018, tuvo algo más de 400 mil estudiantes internacionales, con un cuarto también proveniente de

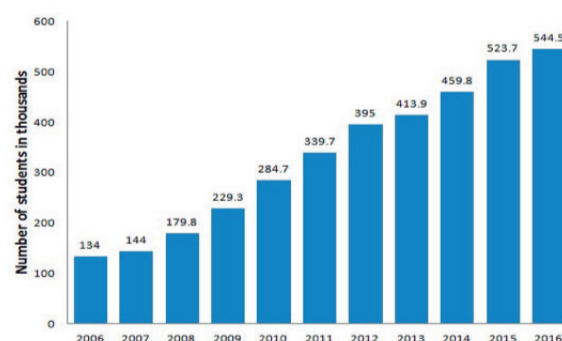
China, por un ingreso total de 23 mil millones de dólares.<sup>1</sup>

Estas cifras refieren sólo al costo de las matrículas; a ellas hay que sumarles en términos de valor agregado otras actividades económicas asociadas a la vida de un estudiante extranjero: alojamiento, alimentación, turismo, entretenimiento, etc. El año pasado el Secretario de Comercio de Estados Unidos dijo que la educación internacional era la séptima industria de exportación del país.<sup>2</sup>

## Mirando a China: Oportunidades, Limitaciones y Propuestas

### Oportunidades que presenta la cooperación educativa con China

El ingreso de la RPCh en el moderno proceso de internacionalización de la educación es un fenómeno bien contemporáneo. Como muestra el gráfico, a mediados de la primera década del nuevo siglo el número de estudiantes chinos en el exterior superaba los cien mil. Una década más tarde, rebasó el medio millón, lo que convirtió al país en el mayor exportador de estudiantes al exterior.<sup>3</sup>



Las razones de este fenómeno son varias y van desde la necesidad individual de los que quedan fuera del ingreso a las universidades locales de acceder a la educación superior para poder insertarse en el mercado laboral chino, aún a costa de pagar sumas considerables en universidades extranjeras, hasta una política de estado que apunta a formar recursos

<sup>1</sup> En el caso del Reino Unido, en una década la cifra de estudiantes chinos en ese país pasó de 43,350 (2007-2008) a 106,530 (2017-2018), de los cuales el 60 por ciento fueron de posgrado.

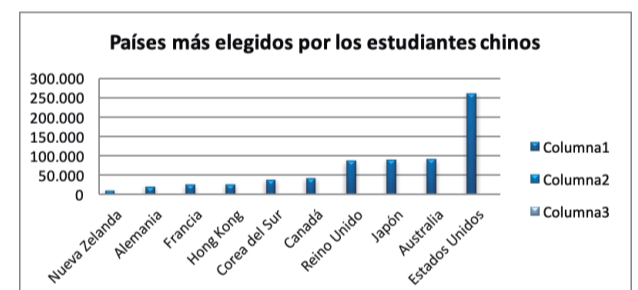
En <https://www.theguardian.com/education/2019/jul/11/chinese-students-applications-to-uk-universities-up-by-30>

<sup>2</sup> <https://www.denverpost.com/2017/05/22/international-education-award-cu/>

<sup>3</sup> <https://www.statista.com/statistics/227240/number-of-chinese-students-that-study-abroad/>

profesionales en áreas que considera indispensables y vitales para el desarrollo de la nación: ingenierías varias, tecnologías, agricultura y agroindustria y otros. Se calcula que hacia mediados de la próxima década habrá más de 300 mil estudiantes chinos en posgrados internacionales, una cifra impactante.

El cuadro de abajo muestra que casi el setenta por ciento de los estudiantes chinos que estudiaron en el exterior lo hicieron mayoritariamente en los Estados Unidos, Japón, Australia y el Reino Unido, una tendencia que continúa en la actualidad.<sup>4</sup>



Es interesante analizar el caso de muchos programas de doctorado, ya que éstos son el foco más importante de la política oficial de China en materia de cooperación educativa.<sup>5</sup>

Argentina participa muy poco en este reparto global de estudiantes chinos. Las razones son diversas, algunas de las cuales analizamos más adelante. En 2016 la agencia Télam informó que la cantidad de estudiantes chinos en Argentina no superaba los 200.<sup>6</sup>

En el rubro de los estudios de idioma español, corremos todavía en gran desventaja contra España y México, aunque hay una tendencia creciente que nos permite ser optimistas y que Argentina debe aprovechar para instalar en la RPCh el español rioplatense en los colegios y universidades de ese país, en las que ya es la segunda lengua extranjera más estudiada, después del inglés por supuesto, habiendo superado al ruso y el japonés.

<sup>4</sup> “Top Ten Overseas Destinations for Chinese Students” (2016), China Daily, 14 de junio.

<sup>5</sup> Nos tocó conocer personalmente el caso en un laboratorio de investigación de la University of Illinois at Urbana-Champaign de un candidato a doctorando que aportó centenares de miles de dólares a dicho laboratorio.

<sup>6</sup> <http://www.telam.com.ar/notas/201612/174460-estudiantes-chinos-argentina-espanol-universidad.html>, más de 1/3 fueron estudiantes del CUI y muchos eran chinos residentes ya en el país.

*Argentina está desaprovechando una oportunidad inmejorable para posicionarse como destino educativo para estudiantes de la República Popular China*



Hay una tarea pendiente: dar a conocer la enorme calidad de la educación argentina, en especial en el área de la educación en idioma español y de los productos culturales asociados a ella. No es casual que la Universidad de Buenos Aires, que aparece entre las cien primeras universidades del mundo en el ranking QS<sup>7</sup>; haya sido elegida para ser sede del primer Instituto Confucio de la Argentina, el ICUBA.

### Las Limitaciones que Dificultan el Intercambio Educativo con China

Tras más de una década de cooperación educativa con la RPCh, hemos identificado algunos problemas que limitan o al menos desaceleran las potenciales y potencialmente ricas oportunidades que tenemos con la RPCh en el área educativa.

#### Institucionales: regulaciones migratorias y consulares<sup>8</sup>

Este es un problema persistente. A pesar de las permanentes declaraciones de funcionarios del Estado de este gobierno y de los anteriores acerca de la importancia estratégica que tiene para nuestro país la relación con la RPCh, poco ha variado en las últimas dos décadas. Los estudiantes chinos encuentran serias dificultades a la hora de tramitar sus permisos de entrada al país, lo que redundo no sólo en una pésima imagen para Argentina, sino también en la pérdida de millones en divisa extranjera, una política a todas luces perjudicial para el país.

Algunas disposiciones consulares vigentes, también, crean confusión en los potenciales estudiantes, agentes y funcionarios académicos chinos.<sup>9</sup>

Las autoridades migratorias alegan defender los intereses nacionales y la seguridad de las fronteras. Las razones "off the record" son menos simpáticas, aunque reales, y se relacionan con los prejuicios que a lo largo de los años han crecido respecto de la inmigración china en particular, consideraciones que en algunos casos coquetean peligrosamente con actitudes racistas y discriminatorias.

Los países líderes en educación internacional también tienen problemas de inmigración ilegal proveniente de China, pero no los solucionan bloqueando o limitando el flujo de estudiantes de aquel país que, como ya dijimos, es fuente de enormes beneficios, no solamente económicos.

#### Académicas: estructuras y requerimientos del sistema educativo argentino

El primer escollo tiene que ver con la política educativa: Argentina tiene un programa de internacionalización de la educación mucho menos planificada que la de algunos de nuestros vecinos, como Chile y Perú, por ejemplo. Si bien se han dado algunos pasos importantes en los últimos años, todavía estamos relegados en cuanto a la promoción y en cuanto a factores que mencionaremos más adelante como estructuras institucionales, programas y oferta de servicios.

La normativa educativa vigente no ayuda al proceso de internacionalización, más bien lo dificulta. En el caso específico de la cooperación con China, la ausencia de una política de homologación de títulos universitarios y la

exigencia de la reválida de títulos secundarios son limitantes importantes.

Otra desventaja comparativa es la falta de flexibilidad de los programas de grado y posgrado locales. Recién ahora algunas universidades se animan a dictar materias de posgrados en inglés, aunque no programas completos de posgrado todavía, o se han adaptado a crear programas en formato corto y a otorgar créditos según los modelos europeo y norteamericano.

Los posgrados pueden adaptarse mejor a exigencias del mercado internacional, además de que pueden cobrarse. Sin embargo, rige la resistencia cultural mencionada más arriba, incluso en otras universidades públicas.

Además, nuestro país carece de infraestructura educativa como para soportar un proceso de flujo masivo de estudiantes chinos, o de extranjeros en general. En ese rubro, es imposible competir con las principales universidades del mundo.

#### Económicas y Políticas

Existe una serie de costos operativos que hacen menos competitivo al país: distancia, desconocimiento, costo de pasajes, costo de alojamiento, costo de vida, incertidumbre económica, inestabilidad política.

#### Propuestas Para Posicionar a la Argentina como destino educativo para estudiantes chinos

- › Modificación del régimen y las exigencias migratorias
- › Modificación de las exigencias de ingreso a la universidad eliminando la reválida de título secundario
- › La flexibilización de la normativa legal para recibir fondos de instituciones extranjeras.
- › Una política activa de promoción del español rioplatense como objetivo de política educativa y exterior.
- › La flexibilización de los planes de estudio a nivel de grado y posgrado.
- › Una política consistente de promoción de la calidad educativa argentina y de sus instituciones de nivel superior.

*Argentina no está respondiendo con efectividad a la creciente demanda de idioma español que existe en las universidades chinas. Todos los esfuerzos al respecto son esfuerzos aislados e individuales de instituciones puntuales, con lo que nuestro país pierde una gran oportunidad de promoción de su idioma y de su cultura.*

### Resumiendo

El proceso de intercambio educativo entre Argentina y China comenzó o se aceleró hace ya más de una década con buenos resultados y un potencial de crecimiento visible, aunque todavía no alcanza un ritmo y volúmenes importantes y tiene tres características principales: es casi exclusivamente de ida, es más visible en lo que a profesores e investigadores se trata y se limita prácticamente a la modalidad de convenio de reciprocidad, con casi nulos beneficios económicos para las universidades.

Argentina no está respondiendo con efectividad a la creciente demanda de idioma español que existe en las universidades chinas. Todos los esfuerzos al respecto son esfuerzos aislados e individuales de instituciones puntuales, con lo que nuestro país pierde una gran oportunidad de promoción de su idioma y de su cultura.

El Estado debe entender que la actual política migratoria, **irracional e indefendible**, que impide el ingreso de estudiantes de la RPCh sin razones valederas, constituye un enorme perjuicio tanto económico como de imagen para nuestro país.

Se necesitan más y mejores acciones de promoción, más facilidades para participar de ferias y misiones educativas y eliminar las trabas migratorias que terminan perjudicando los intereses de esas instituciones y del país.

Las autoridades nacionales deben comprender que la educación internacional es una industria de exportación estratégica que, es otra herramienta esencial de soft power, de prestigio, de competitividad y de ingreso de divisas para el país con un potencial enorme de beneficios para el sistema educativo a todo nivel.



7 <https://www.topuniversities.com/university-rankings/world-university-rankings/2018>

8 Cofre, Mónica y Néstor Restivo (2018), "¿Qué Pasa Con Las Visas?", DangDai, 8, (21), pp. 32-36. Una explicación muy detallada, completa y certera sobre este tema.

9 El CUI, por ejemplo, perdió una candidata porque "no sabía las características propias del español del Río de la Plata", como si alguien que quiere estudiar un idioma del que no tiene conocimiento tuviera la obligación de saber un tecnicismo de ese calibre. Lo más dañino del episodio fue que, después, el responsable del rechazo de la visa incluyó esto en su informe a la DNM como un hecho que debe ser tomado en cuenta, cuando es una exigencia inentendible a todas luces, que revela poca imaginación y poco conocimiento de las especificidades del rubro educativo. En otro caso, en uno de los consulados se exigió que el padre del estudiante presentase un certificado de trabajo junto con copia del estatuto de la compañía donde trabajaba, algo imposible de exigirle a un empleado chino porque lo obliga a solicitarlo a la gerencia o al empleador mismo sin tomar en cuenta el tema de jerarquías ni lo insólito del pedido.



# Breves apuntes sobre las notificaciones en el procedimiento laboral de la Provincia de Buenos Aires.



Dr. Diego J. Tula  
Juez del Tribunal del Trabajo n° 1  
de San Isidro



Dr. Álvaro García Cossovich  
Auxiliar Letrado del Tribunal del Trabajo n° 1  
de San Isidro



Dr. Fabricio J. Coello Grassi  
Auxiliar Letrado del Tribunal del Trabajo n° 1  
de San Isidro.

El presente trabajo se enfocará en el sistema de notificaciones implementadas en el procedimiento laboral de la Provincia de Buenos Aires (más precisamente las que se realizan mediante cédulas), los actos informáticos que se requieren para confeccionarlas y diligenciarlas y su nueva reglamentación dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, con el objeto de lograr la comprensión del funcionamiento y utilización de las nuevas herramientas notificadoras.

## I. Nociones básicas, reglas y excepciones.

El artículo 16 de la ley 15.057 (cuerpo normativo que modificó la ley 11.653 y que comenzará a regir el primer día hábil del año 2020) establece una regla y una serie de excepciones a la misma, al determinar que -como principio general- todas las resoluciones judiciales y en todas las instancias, se notificarán por Ministerio de la Ley los días martes y viernes o el día inmediatamente posterior, si uno de los antes mencionados no lo fuere. Acto seguido enumera los actos procesales que por su importancia o consecuencias que podrían traer aparejadas deben necesariamente ser notificados en forma personal o por cédula.

A modo de referir una noción básica para la utilización del sistema de notificaciones propuesto en la Provincia de Buenos Aires, se deben tener en cuenta lo siguiente:

- contar con una computadora con acceso a internet;
- adquirir un "token", es decir, un dispositivo utilizado para almacenar un certificado digital emitido por un Certificador Licenciado para un usuario en particular (la terminal de uso debe tener disponible un puerto USB);
- tramitar el certificado digital que va a ser el encargado de relacionar la clave pública con la persona. Este documento se almacena en el token y es utilizado en cada mensaje privado. Los certificados digitales son emitidos por el Certificador Licenciado (en caso de los abogados matriculados en la Provincia de Buenos Aires, es el Poder Judicial de la Pcia. de Bs. As., siendo que dicha autoridad debe dar cumplimiento con las exigencias de seguridad tanto físicas, de software y de procedimientos que establece la ley 25.506<sup>2</sup> de Firma Digital en la Argentina). A su vez, las autoridades de registros tienen a su cargo las funciones de validación de la identidad (facultades delegadas por el certificador licenciado). Por ello, los letrados que se encuentren matriculados dentro de la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires podrán efectuar dicho trámite por ante el Colegio de Abogados de cada departamental.<sup>3</sup>

Mediante la sanción de la ley provincial 14.142<sup>4</sup> que entró en vigencia en el año 2011, se modificaron una serie de artículos del CPCC de la Provincia de Bs. As. con el objeto de ir allanando el camino a la implementación del nuevo sistema.<sup>5</sup> De esta manera, se amplían por medios más dinámicos la forma de practicar las notificaciones. Con fecha 22 de Marzo de 2017 la SCBA dicta el Acuerdo N°3845/2017

-vigente actualmente- mediante el cual se incorporan modificaciones en el régimen de notificaciones electrónicas.

## II. Tipos de cédulas

Existen tres clases de cédulas de notificación:

- las que son confeccionadas y diligenciadas en soporte papel (denominadas a los efectos prácticos como "cédulas papel");
- las que son realizadas y cumplen su cometido en formato digital ("cédulas electrónicas"), entre las cuales encontramos las cédulas urgentes, y finalmente;
- las que son confeccionadas en formato electrónico y diligenciadas en soporte papel ("cédulas papeltrónicas").

Las primeras no requieren mayor análisis puesto que son las históricas cédulas de notificación; las confecciona generalmente el Juzgado y las deja asentadas en el listado de cédulas respectivo para luego remitirlas físicamente a la Oficina de Mandamientos y Notificaciones correspondientes.

En este tipo de cédulas los plazos comenzarán a correr desde el día siguiente al que se practicó la diligencia y, si los plazos fueren comunes para las partes, desde la fecha de la última notificación (art. 352 C.P.C.C.P.B.A.).

Por su parte, las cédulas electrónicas son aquellas que se diligencian a través del Portal de Sistema de Notificaciones y Presentaciones Electrónicas (SNPE), en las que el letrado, los auxiliares de justicia o algún Funcionario del Juzgado firman digitalmente el instrumento en cuestión con su certificado digital otorgado y descargado en el dispositivo criptográfico token.

Cabe recalcar que, conforme lo establece la Res. 582/16 y el art. 40 del CPCC (acorde a lo dispuesto por la ley 14.142), todo litigante tiene la carga procesal de constituir tanto domicilio procesal físico como domicilio electrónico, bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de tenerle por constituido dichos domicilios en los Estrados del Juzgado.

En caso de que la cédula sea confeccionada por el Organismo, éste la notifica directamente a las partes involucradas a su domicilio electrónico. En cambio si la diligencia es realizada por una de las partes, esta debe suscribirla digitalmente y luego remitirla mediante el SNPE al Juzgado, en donde uno de sus funcionarios dentro de las 24 horas hábiles de presentada deberá confrontarla y en caso de encontrarse correctamente confeccionada la redireccionará al domicilio electrónico de la parte o auxiliar de justicia al que intenta notificar. En ambos casos la Oficina de Mandamientos y Notificaciones no forma parte del proceso de notificación.

En este tipo de diligencias, conforme lo establece el art. 5 del Anexo Único del Acuerdo 3540/11 SCBA y el segundo párrafo del artículo bajo análisis, la notificación se computará el día martes o viernes inmediato posterior, o el siguiente día hábil si alguno de ellos no lo fuera, a aquel en que la cédula quedó a disposición de su destinatario en el SNPE.<sup>6</sup>

El sistema deberá siempre registrar: destinatario de la diligencia, domicilio electrónico a notificar, fecha y hora en la que la cédula fue librada a su destinatario, fecha y hora en la que se produjo la notificación. En caso de haber sido efectuada por el letrado deberá además indicar fecha de presentación de la cédula, quién suscribió la misma y quién la presentó.

A modo ilustrativo se propone el siguiente ejemplo: se recibe en el domicilio constituido una cédula electrónica el día jueves, por lo que quedará notificada el día viernes, y el plazo comenzará a correr desde el día hábil siguiente; es decir, el lunes. Si el viernes fuese feriado, quedará entonces notificada el lunes, comenzando a computarse el plazo desde el día martes. En caso de que la cédula electrónica fuere recibida uno día de nota (por caso, viernes), quedaría notificada desde el próximo día de nota (el martes siguiente), y el plazo comenzaría a correr desde el siguiente día hábil: el miércoles.

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, el cuarto párrafo del artículo bajo análisis establece que en casos de urgencia (Ac. 3397/08 SCBA), se podrán diligenciar "cédulas urgentes electrónicas". Como requisito *sine qua non* para su utilización debe existir una situación urgente que lo amerite y la misma debe estar debidamente justificada en la providencia que ordena el libramiento de la cédula. El auto que la ordena deberá encontrarse transcrito en dicha diligencia.

La notificación surtirá efectos el mismo día en que ingresó en el domicilio electrónico y, por ende, el plazo comenzará a correr desde el siguiente día hábil.<sup>7</sup>

Finalmente las cédulas papeltrónicas son aquellas que se confeccionan en formato electrónico, son remitidas en formato digital a la Oficina de Mandamientos y Notificaciones correspondiente, allí son impresas y diligenciadas conforme el mismo mecanismo enunciado para las cédulas papel. Con la salvedad de que éstas no pueden contener copias ni archivos adjuntos; única y excepcionalmente se permiten aquellos documentos que son necesarios para individualizar el inmueble a notificar (como pueden ser planos, croquis, fotografías, etc.). Como se anticipó, este instrumento es una mixtura de los anteriores, dado que "nace" como una cédula electrónica y finaliza como una cédula papel.

Al finalizar como una cédula papel y dadas las características del instrumento en cuestión va de suyo que los plazos se computan de la misma manera que para las cédulas papel conforme lo establece el art. 156 CPCCBA.



## III. Procedimiento general

Descriptos los tres tipos de cédulas que conviven hoy en día, es menester recalcar las pautas que rigen para determinar cuándo debe utilizarse cada una de ellas.

La regla, conforme lo establecen el art. 1 del Acuerdo 3540/11, el art. 1 del Ac. 3733/2014 y el art. 1 del Anexo 1 del Ac. 3845/2017, es que en todos los supuestos en que se pueda utilizar la notificación electrónica, NO se podrá notificar en formato papel, por lo que en dichas ocasiones la notificación electrónica es obligatoria. Sin embargo, como ya mencionamos anteriormente, se encuentran exceptuados de la mentada obligación aquellos casos en los que la normativa ritual establece su diligenciamiento en formato papel y, asimismo, cuando los magistrados dispongan por auto fundado que la comunicación deberá realizarse en soporte papel debido a la existencia de graves razones que así lo ameritan, las cuales deberán ser detalladas en la providencia respectiva. La fundamentación exigida por la norma debe estar impuesta en la resolución judicial a los efectos de salvaguardar el derecho de defensa de los justiciables.

V.gr. se recibe en el domicilio constituido una cédula electrónica el día jueves; quedará notificada ese mismo día y el plazo comenzará a correr desde el día hábil siguiente, es decir, el viernes.

1 El token puede ser obtenido en los Colegios de Abogados o comercios especializados en venta de dispositivos de seguridad.

2 B.O. 14.12.2001

3 Web de la SCBA <https://firmadigital.scba.gov.ar/Default.aspx> y Manual de Uso Sub-Secretaría de Tecnología Informática, delegación San Isidro.

4 B.O. 26.07.2010

5 La SCBA comienza el proceso de modernización del sistema de notificaciones con el dictado de los Acuerdos N°3540/11 (derogado en su mayoría por el AC. 3845/17) y 3733/14.



# @ Notificaciones y Presentaciones Electrónicas

Reforzando la obligación antes mencionada el art. 1 del Anexo 1 del Ac. 3845/2017 en su último párrafo dispone que las Oficinas de Mandamientos y Notificaciones (o el organismo encargado de los diversos diligenciamientos en la jurisdicción correspondiente: Delegaciones de Mandamientos y Notificaciones o Juzgados de Paz Letrados) no diligenciarán cédulas en formato papel que sean libradas en contradicción a las pautas recientemente mencionadas, las que deberán ser devueltas al Juzgado de origen.

En base a la regla antes aludida, corresponde mencionar que a los efectos de encontrarse en condiciones de diligenciar una cédula electrónica hace falta que se den dos requisitos. En primer lugar que la parte o auxiliar de justicia a quien se pretenda notificar debe necesariamente tener constituido un domicilio electrónico en el expediente. En segundo lugar, dicha notificación no debe encontrarse dentro de los supuestos excluidos normativamente. Entre los supuestos excluidos encontramos: traslado de demanda, traslado de contestaciones de demanda y documentos que se acompañen, traslado de las reconveniones, notificación de sentencias definitivas y las interlocutorias con fuerza de tales, salvo en los casos de negligencia de pruebas (aunque en este caso si el contenido de la sentencia es transcrito íntegramente en la cédula la misma puede diligenciarse en formato electrónico), cédulas en las que el Juzgado decida y ordene que deben notificarse en soporte papel puesto que "existen graves razones que así lo imponen" y notificaciones intimando a las partes y/o auxiliares de justicia a constituir domicilio electrónico.

De la misma forma es necesario remarcar que en caso de que deban adjuntarse copias impresas a la cédula a diligenciarse, el art. 8 del Anexo 1 del Ac. 3845/2017 prohíbe su remisión por medios electrónicos a los organismos encargados de practicar las diversas notificaciones. Razón por la cual, en aquellas situaciones en donde es la parte quien debe llevar a cabo la notificación, deberá presentar el instrumento impreso junto con las copias pertinentes en el órgano judicial para su respectivo confronte y posterior diligenciamiento, conforme el proceso ya enunciado para las "cédulas papel". Caso contrario, si la diligencia debe ser realizada por Secretaría, el funcionario designado a tal efecto deberá confeccionar la cédula, imprimirla y rubricarla ológrafamente, luego le adjuntará a la misma la documentación en soporte papel que le corresponda y finalmente la remitirá al organismo encargado de practicar las diversas notificaciones, de conformidad con lo ya expuesto (arts. 152, 154 y 159 del Ac. 3397).

No obstante ello, se podrá evitar el diligenciamiento de las cédulas papel cuando las mismas debieran ser diligenciadas en dicho formato por contener copias impresas, si se transcribe el contenido de dichas copias en el propio cuerpo de la cédula o se adjuntan las mismas en un archivo en formato digital, el cual debe quedar disponible para el destinatario en el archivo adjunto de la cédula electrónica que reciben. A fin de encontrarse en condiciones de adjuntar archivos a la cédula es menester recalcar que los letrados y/o auxiliares de justicia deberán utilizar el formato pdf 1.4.

Asimismo, en el caso de que la digitalización de las copias resulte imposible o manifiestamente inconveniente, el juez podrá disponer que las mismas queden a disposición del destinatario en el Juzgado, lo que así se le hará saber en el cuerpo de la cédula. El destinatario o quien éste autorice podrá retirar las copias desde el momento en que la notificación quede disponible en su domicilio electrónico, sin que ello implique adelantar la fecha en que se tiene por perfeccionada la notificación, de conformidad con lo establecido en el primer párrafo del art. 5 del Anexo Único del Acuerdo 3540/11 SCBA.

De una simple lectura de estos requisitos se puede fácilmente advertir que en aquellos casos donde la diligencia deba dirigirse a un domicilio denunciado la cédula a librarse no podrá ser una cédula electrónica, puesto que no cumple con el primer requisito -la persona a notificar deberá tener un domicilio electrónico constituido en dichas actuaciones-.

## IV. Otros medios de notificación

La última parte del artículo comentado refiere a la posibilidad de efectuar notificaciones por medio de **carta documento, telegrama o acta notarial**. Encontramos aquí una diferencia sustancial con lo normado por la anterior

ley procesal (ley 11.653). En ella se requería la autorización por parte del órgano jurisdiccional para proceder con la notificación por esos medios. En la actualidad se faculta a la partes a efectuar la notificación por carta documento, telegrama o acta notarial sin la necesidad de petición al Juez.

La redacción del apartado del artículo en lo que refiere al momento de la notificación y las copias de traslado no ha sido alterada, por ende se mantiene el mismo sistema contenido en la ley 11.653.

## 4.1. Cédulas cuyo libramiento se solicita que se efectúen "bajo responsabilidad de la parte"

El artículo bajo análisis trata la notificación bajo responsabilidad la cual es una creación pretoriana con miras a facilitar el desenvolvimiento normal del proceso, evitando maniobras dilatorias o de ocultamiento del domicilio.

El hecho de ser un domicilio denunciado "bajo responsabilidad de la parte" implica que es la parte que lo solicita la que cargará con todas las consecuencias que puede traer aparejadas la notificación efectuada de dicha manera.

Cabe asimismo recalcar que las únicas cédulas que pueden ser diligenciadas bajo esta modalidad son las "cédulas papel" y las "cédulas papeltrónicas", puesto que las cédulas electrónicas solo pueden estar dirigidas a un domicilio electrónico constituido por la parte o auxiliar de justicia.

Conforme lo dispone el art. 189 de la Ac. 3397/18 en caso de resultar el domicilio inexistente o la descripción realizada del mismo resulta insuficiente a los efectos de individualizarlo, el Oficial Notificador deberá devolver la cédula al Organismo de origen informando dicha circunstancia. En cambio, en caso de ser atendido, aun cuando le fuera informado que el destinatario no vive allí, deberá entregar la cédula detallando todo lo acontecido. Finalmente, si el Oficial Notificador no fuera atendido por persona alguna o la que lo atiende se niega a recibir la cédula, deberá fijar la misma en la puerta de acceso del inmueble del domicilio indicado (sea este una casa, oficina, local comercial o industrial, unidad funcional de edificio de propiedad horizontal, barrio cerrado o en la tranquera de acceso a propiedad rural).

En caso de que la cédula a diligenciar sea una **cédula de traslado de demanda o citación de tercero**, si una persona distinta al destinatario le informa al Oficial Notificador que el requerido **vive allí**, deberá dar cumplimiento con lo que dispone el art. 338 del CPCCBA y dejarle a la misma aviso por escrito de que volverá otro día e indicar la hora. El agente notificador tendrá que hacer constar en la diligencia que se dio cumplimiento con el aviso, indicando quién lo atendió y tal como se expresó indicar en qué día y hora concurrirá nuevamente a practicar la notificación. Luego, volverá en la fecha señalada, y si es atendido por el destinatario de la diligencia le notificará la misma, caso contrario entregará la cédula a una persona de la casa, departamento, oficina, local comercial o industrial, o al encargado del edificio, administrador o personal administrativo de barrios cerrados. Sin embargo, si no es atendido por persona alguna, fijará copia de la diligencia en la puerta de acceso del inmueble (casa, oficina, local comercial o industrial), unidad funcional de edificio de propiedad horizontal, barrio cerrado o en la tranquera de acceso a propiedad rural, según corresponda.

Por otra parte, en caso de no ser atendido en la primera visita por persona alguna, le fijará aviso, y se manejará de la misma forma que la descripta anteriormente en la segunda visita. Recordando que el Oficial Notificador se encuentra compulsado a plasmar siempre en el acta todas y cada una de las circunstancias acaecidas durante el acto de notificación, debiendo detallar lo máximo posible cada hecho y situación.

Finalmente, cabe mencionar que el Juzgado o Tribunal se encuentra facultado para disponer cuando considere pertinente que el Oficial Notificador se encuentra habilitado a entregar o fijar la cédula conforme las pautas ya mencionadas sin el aviso que prevé el art. 338 del CPCCBA.

## V. La notificación de la declaración de rebeldía

El art. 16 de la ley 15.057 dispone que se notificará personalmente o por cédula la **declaración de rebeldía** (apartado c). El espíritu de la ley mantiene lo establecido

por su predecesora (ley 11.653) en cuanto a la forma en que se debe notificar la declaración de rebeldía de una parte. Sin embargo el art. 33 de la ley 15.057 prevé que la rebeldía se tendrá por notificada por Ministerio de la ley. Se advierte así una contradicción al establecer cada uno de ellos una forma distinta de notificar la providencia en donde se declaró rebelde a una de las partes.

En la inteligencia que lo establecido por el art. 33 se alinea con el espíritu de la nueva ley, consideramos que la notificación por Ministerio de la ley de la declaración de rebeldía es lo que corresponde interpretar ya que, sin perjuicio de la contradicción señalada, traerá aparejada un incremento en la seguridad jurídica al posibilitar una pronta resolución del proceso y con éste del conflicto que el mismo intenta dirimir; sin que por ello se vean vulnerados los derechos ni garantías del rebelde.

## VI. Conclusión

En función de lo expuesto, bien podría afirmarse que, en líneas generales, el sistema de notificaciones electrónicas que rige actualmente en el procedimiento laboral de la Provincia de Buenos Aires ha logrado mejoras en el Servicio de Justicia.

Ello así dado que, entre otras cosas, permitió la reducción y eliminación de los denominados "tiempos muertos" dentro del proceso, teniendo en cuenta para ello que, con anterioridad, una cédula de notificación tardaba -en promedio- no menos de dos semanas en ser notificada y luego agregada al expediente, mientras que en el nuevo sistema la cédula confeccionada por el Tribunal se notifica, sin excepciones, entre el día siguiente al que fue librada o tres días después, sin necesidad de "ser agregada". Esto ha generado que los trámites judiciales adquieran mayor celeridad, lo cual es siempre beneficioso para todos los actores involucrados.

Este sistema, además, trae aparejada la ventaja de que las cédulas electrónicas no se pueden perder ni sustraer, puesto que las mismas son confeccionadas y cumplen su cometido en un formato electrónico e intangible, lo que redundó también en una mayor transparencia del proceso.

Por último es dable resaltar que este sistema alivió el caudal de trabajo que otrora tenían las Oficinas de Mandamientos y Notificaciones Departamentales. Al sólo efecto de ejemplificar, obsérvese el caso de un Tribunal de Trabajo donde impera el impulso de oficio: anteriormente se libraban a la Oficina de Mandamientos y Notificaciones aproximadamente 150 cédulas diarias para su posterior diligenciamiento. Hoy en día, en cambio, se remiten únicamente entre 10 y 20 cédulas diarias, con las enormes ventajas que ello supone.

Celebramos entonces el cambio que se ha gestado a lo largo de estos años en el sistema de notificaciones y que se ve plasmado en la letra del art. 16 de la nueva ley de procedimiento laboral para la Provincia de Buenos Aires (ley 15.057).





# Educación Superior. ¿Evaluar o metaevaluar, cuál es la cuestión?

Adriana Silvia Di Deo



. Licenciada en Gestión de las Instituciones Educativas (UCSE, DABA)  
 . Maestranda en Políticas Educativas (becaria en Universidad Torcuato Di Tella;  
 . Especialista en Evaluación Universitaria (en proceso, Universidad de Buenos Aires)  
 . Diplomada en Educación Inclusiva (USI)  
 . Profesora de Inglés (Inst. Sup. St Trinnean's)  
 . Ponente en CEU San Pablo, Madrid, España (2016)  
 . Universidad de San Andrés: Simposio de Práctica Reflexiva (2017).  
 . Publicaciones con referato: Revista Internacional de Educación y Aprendizaje,  
 Journals Epistemologies 6 (4), 235-243; dialnet.unirioja.es  
 . Revista científica de uces Vol. 24 n°1

La evaluación alude, en el plano de la evaluación institucional, a una programación sistemática, programada basada en información fidedigna y confiable para emitir, mediante comparaciones, juicios valorativos y recomendaciones, mejorar acciones y resignificar recursos. En el contexto de educación superior, forma parte de las herramientas de gobierno y gestión cuyo fin es el de la mejora de las instituciones desde el interior de las mismas (Apodaca en de Miguel y Apodaca, 2009).

Recuperando la mirada de Niremberg (2013), la evaluación tiene múltiples aplicaciones y por lo tanto, implicancias. No se trata solamente de identificar errores o problemas que entorpecen la acción, de pensarla de modo riguroso sino también de reflexionar, aprender de la práctica en sus aciertos y errores, promover correcciones, observar e intervenir en los efectos inesperados que tuvo la práctica evaluativa, del mismo modo que valorar los actores significativos que se involucraron en el proceso. Según Niremberg e identificándome con esta posición frente a la evaluación, el reconocimiento hacia quienes contribuyen al buen desarrollo permite afirmar que la evaluación honra el trabajo realizado.

Por otra parte, la evaluación no solo se circunscribe al ámbito de una unidad institucional sino que se extiende a la evaluación de políticas, programas y proyectos (Niremberg, 2013), la que será combustible para la toma de decisiones en cuanto a la continuidad o no de financiamiento, para rendición de cuentas y transparencia que influyen tanto en el campo institucional como sino en decisiones de planificación estratégica. Las conclusiones de la evaluación debieran ofrecer la posibilidad de una transformación social, ideas innovadoras, tendientes a generar políticas que acerque brechas y que el acceso a bienes y/o servicios no se presente como una inequidad. Por lo tanto, la evaluación no es solo una herramienta solamente para observar un estado de situación sino también un prisma que atraviesa lo ideológico, lo pedagógico y lo estratégico.

La metaevaluación servirá entonces para valorar la calidad con la que desarrolló el proceso de evaluación y la suficiencia del sistema de evaluación en cuestión, donde la mejora y el mejoramiento de los programas y procesos educativos sean su meta y su fin.

## ¿Por qué la evaluación institucional dificulta o directamente se contrapone a la oportunidad de mejora?

La falta de recursos humanos idóneos, la dificultad de conciliarlos con la variable 'tiempo' para construir la evaluación como herramienta de reflexión del gobierno institucional se contraponen con para mejorar. Por lo tanto, la factibilidad de evaluar, es sin lugar a dudas, desde la perspectiva de Niremberg (2013) una decisión política previa. La evaluación por lo tanto, implica un desafío comprometido estrechamente con lo ideológico, pedagógico y operacional (Niremberg, 2013).

Otro factor importante de resistencia o falta de viabilidad de la evaluación, es el grado de involucramiento de los actores durante el proceso mismo de evaluación, el grado de socialización de los resultados de la misma por parte de los responsables del proceso evaluativo.

## ¿Se puede hablar de metaevaluación como sinónimo de auditoría educativa?

El objetivo de la metaevaluación, según Dopico Mateo (2013) es asegurar la calidad de los servicios evaluativos

tanto como evitar o enfrentarse a prácticas contrapuestas a los intereses donde la ética debe primar en la práctica de política pública de la evaluación. Consecuentemente, la metaevaluación servirá también como recurso o alternativa ante posibles discrepancias surgidas después de realizada una evaluación, tanto cuando la ética o profesionalidad de quienes han evaluado se pongan sean planteados como cuestionables.

Tanto Stufflebeam como Niernberg (2013) concluyen que para abordar la metaevaluación tanto como la evaluación, deben llevarse a cabo como sistemas posibles de someter a criterios apropiados que lleguen a conclusiones válidas interna como externamente y además, que la información sea auténtica y generalizable asumiendo estándares técnicos que contemplen aquellos hallazgos de la evaluación. Stufflebeam describe como estándares aquellos patrones de investigación que aporta de suficiencia técnica, utilidad y costo/efectividad. Por lo tanto, la metaevaluación está cercana al concepto de investigación como evolución de la evaluación para ampliar objetivos, saber si se han conseguido los objetivos, ampliarlos y si los instrumentos de la evaluación utilizados fueron adecuados para lograr la información deseada (Dopico Mateo, 2013).

Luego de realizada la evaluación, las recomendaciones deben ser relevantes para todos los actores que forman parte de la toma de decisiones cruciales sobre modos de actuación y destino de los recursos.

La metaevaluación y la evaluación generan un círculo autorreferente sobre la calidad tanto del objeto evaluado como del metaevaluado (Dopico Mateo, 2013) y cuya finalidad es la del mejoramiento espiralado de la calidad.

Es necesario en este último punto abordar el rol del metaevaluador, el cual es clave en función a los problemas que debe enfrentar y los lazos de credibilidad personal y profesional que debe ofrecer. El evaluador debe habilitarse y ser habilitado como sujeto político para mover las reglas del juego del saber de la evaluación asumiendo, según Orozco Fuentes (2010), que la educación y la evaluación como un proyecto político cultural en un contexto geográfico, social y económico que deben ser atendidos al momento de tejer la trama de sus recomendaciones.

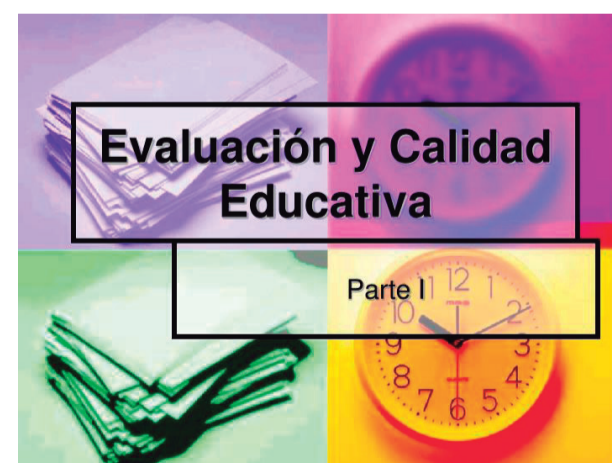
## ¿Dónde debiera el metaevaluador posicionar el eje de su desempeño: desde la perspectiva de la mejora o la de control?

Según Orozco Fuentes (2010), los evaluadores educativos trabajan con dos lógicas de pensamiento que definen su posición teórica y subjetiva al momento de evaluar: la lógica explicativa y la lógica comprensiva. Puesto que el objeto de evaluación es objeto de poder, éstas lógicas deben articularse de modo que expliquen, por un lado, la complejidad del saber conocimiento que requiere la evaluación y por otro, el evaluador es un sujeto político capaz de mover reglas establecidas para generar un proyecto político cultural.

La tensión que alude De Miguel (2007) entre la rendición de cuentas, los procesos de mejora, el enfoque técnico y el empresarial, forma parte de enfoques procedimentales que el evaluador debe manejar y los que deben ser llevados a cabo con una impronta personal, humana y ética fundamentales para no caer en un gerente de puniciones institucionales, puesto que quienes colaboran con los procedimientos de evaluación son tan importantes como los datos relevados para formular las conclusiones y recomendaciones.

## Referencias bibliográficas

- » Dopico Mateo, I. (2003) "Metaevaluación: ¿por qué y para qué?". Revista Cubana de Educación Superior, Vol. 23, N° 3, pags 43-58. En Internet: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/169693> -
- » De Miguel, M.; Apodaca, P. (2009) "Criterios para evaluar el impacto de los Planes de Evaluación de la Calidad de la Educación Superior". Revista de Educación, 349. Mayoagosto 2009, pp. 295-310.
- » Niremberg, O. (2013). "Capítulo 4. Evaluación: aspectos conceptuales y diseño", en Formulación y evaluación de intervenciones sociales. Buenos Aires: Noveduc.
- » Orozco Fuentes, B. (2010) "La teoría como herramienta para problematizar el objeto evaluación educativa". Conferencia en Congreso Internacional de Evaluación y III Conferencia ReLAC (Red de Seguimiento, Evaluación y Sistematización en América Latina y El Caribe). San José, Costa Rica.



*la evaluación no es solo una herramienta solamente para observar un estado de situación sino también un prisma que atraviesa lo ideológico, lo pedagógico y lo estratégico.*



# El problema de desinstitucionalizar a la democracia

Lisi Trejo



. Abogada (UCSE). Especialista en Derecho Penal (UTDT).  
 . Prosecretaría Letrada y Defensora Pública Coadyuvante DGN  
 . Docente en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la UCSE-DABA  
 . Docente en Teoría del Estado en la Fac. de Derecho de la UBA

Cada vez es más frecuente que la *democracia* sea entendida como un fenómeno social antes que *institucional*; como algo propio de la sociedad civil más que como un régimen político. El propósito de estas líneas es insistir en la naturaleza política del concepto y en que es problemático, tanto desde lo teórico como desde la práctica, alejar demasiado a la democracia de lo *político institucional*. Es decir, del Estado y del gobierno del Estado; de esas instituciones que la sociedad se ha dado para regular la organización del poder público y de la toma de decisiones colectivas.

Este artículo reconoce como punto de partida la obra de Carlos Strasser -sin dudas uno de los teóricos de la democracia más importantes de nuestro país- y en una idea central que recorre casi todos sus escritos: que la democracia es, en sustancia, un *régimen de gobierno del estado*.

Cuando inicialmente escribió al respecto (1986) Strasser identificó el surgimiento de una forma "social" de conceptualizar a la democracia, en contracara a una noción "política". Cuando hizo esta distinción tenía en mente, concretamente, los desarrollos teóricos del marxismo en general (y en particular, de C. B. Macpherson) y ciertas líneas de la teoría de N. Bobbio.<sup>1</sup> Por entonces se hablaba de la democracia política, jurídica y liberal como una democracia "formal" que -en clave marxista/socialista- era vista como una teorización de la democracia sin suficiente articulación sociedad-Estado. Y se le oponía, desde esa doctrina, una democracia llamada "sustancial" o "genuína", que supuestamente comprendía mejor al plano social.<sup>2</sup>

Hoy como entonces se vuelve a hacer foco en lo "social-no-político" para hablar de democracia, pero no tiene ya tanto que ver con una visión con base en la economía social marxista, sino que responde más bien a la idea de "la sociedad" como lo contrapuesto al Estado y al gobierno. Aunque el eje común con aquellas visiones que criticaba Strasser es la pretensión de que hablar de democracia como algo intrínsecamente social es más abarcativo y brinda un mejor concepto de democracia que una visión construida en clave político-institucional. Sin embargo, parece haber fuertes razones para darle la razón a Strasser y postular el rescate del carácter político de la democracia.

## La sociedad

En la actualidad, se suele hablar de "sociedad civil" o de "la sociedad" a secas, en contraposición a "los políticos" o "la clase política". El empleo de la categoría responde básicamente a una distinción entre quienes gobiernan y/o representan y quienes son gobernados/representados; entre quienes detentan el poder político y "el ciudadano de a pie".

Norbert Lechner explicó hace tiempo que el empleo del concepto de "sociedad civil" en vinculación con la cuestión democrática es el reflejo de un malestar con la democracia "tal cual la vivimos" y tiene una connotación crítica. En su visión, "el término condensa el distanciamiento del ciudadano de cara al clientelismo

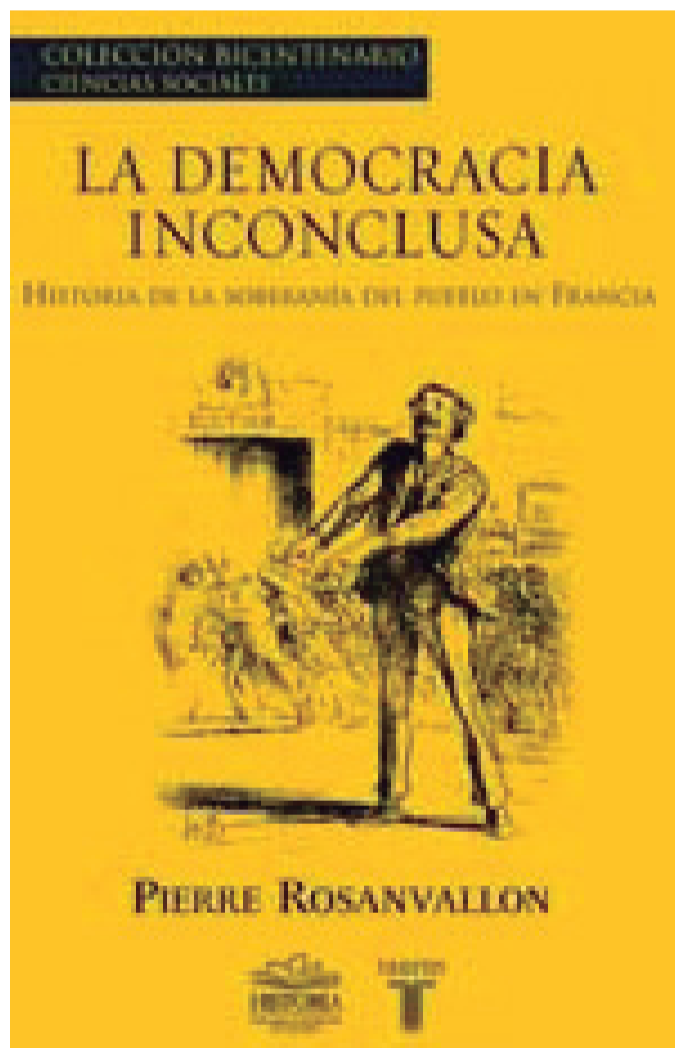
político, la prepotencia burocrática y la ineficiencia estatal"<sup>3</sup>. De esta forma se define a la sociedad en *términos negativos*, como todo lo que *no* es el Estado.

Ese foco en lo "social-no-político" obedece a una realidad innegable que la teoría política contemporánea no puede ignorar y es el problema de la *realización efectiva* de la democracia.

El problema no es novedoso, sino que desde hace mucho tiempo se presenta en la realidad de nuestros países en forma de crisis de representación, gobiernos autoritarios, hiperpresidencialismos y otros males.

La proliferación cada vez mayor de ONGs y agrupaciones de diverso tipo, incluyendo a aquellas que se forman en redes sociales, protestas, "piquetes", "cacerolazos", "ruidazos", marchas, etc., es una manifestación de que hay una falencia real del Estado y sus instituciones para cubrir las necesidades sociales. De allí que "la sociedad" tenga que salir a "auto-asistirse", a demandar o a denunciar.

En ese contexto, los desarrollos -recientes y no tanto- de nociones tales como la "subpolítica" y "micropolítica" de Beck<sup>4</sup> o la "contrademocracia" y lo "impolítico" de Rosanvallon<sup>5</sup>, son respuestas teóricas frente a una sociedad que se reinventa. Sin embargo, ¿hay que redireccionar el concepto de democracia hacia lo social-no-político?



Más allá de los problemas de precisión semántica y conceptual que posee la categoría sociedad/sociedad civil como lo contrapuesto al Estado (la dificultad para distinguir entre ciudadanos y políticos; ¿qué es ser político? ¿Los políticos acaso no son parte de esa misma sociedad? etc.), hay otras dificultades importantes en pensar la democracia desanclada de su carácter esencial de *régimen político de gobierno del Estado*; de algo que sucede primordialmente en

3 Norbert Lechner, "La (problemática) innovación de la sociedad civil", en *Perfiles Latinoamericanos*, D.F. México, FLACSO, 1995, núm. 5, p. 142.

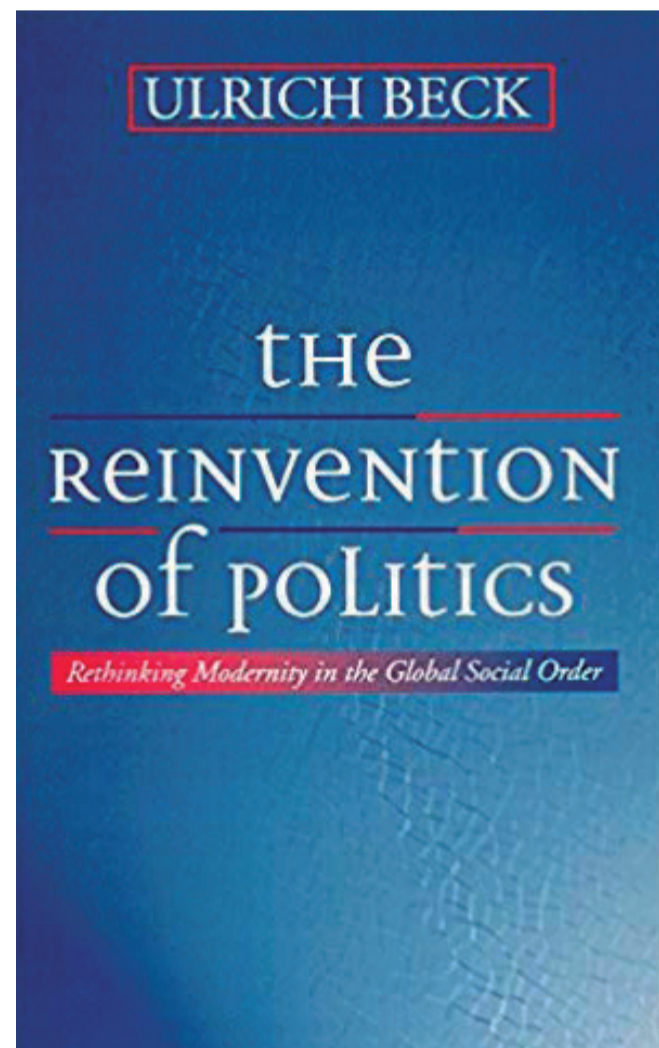
4 Ulrich Beck, "La reinención de la política", en Ulrich Beck, Anthony Giddens y Scott Lash, *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno*, Madrid, Alianza, 1997.

5 Pierre Rosanvallon, *La contrademocracia*, Buenos Aires, Manantial, 2007, y *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad*, Buenos Aires, Manantial, 2009.

el marco de sus instituciones.

En primer lugar, no resuelve los problemas típicos de la representación, vinculados a cuánto representan efectivamente los representantes políticos a sus representados; esto no se soluciona reemplazando a representantes "políticos o estatales" por representantes "civiles": hay un problema claro de representación entre sectores, grupos y manifestaciones sociales con la sociedad propiamente dicha: ninguno de ellos, por sí solos ni en suma, equivalen a la sociedad.<sup>6</sup>

En la mayoría de los casos estos sectores o grupos ni siquiera buscan representar a todo el colectivo social o reemplazar a los representantes políticos (o al Estado) en sus funciones, sino que buscan promover objetivos propios o simplemente manifestar una posición. Esto es aún más claro cuando se trata de grupos de organización más rudimentaria. No es lo mismo una ONG que un grupo formado en una red social. O incluso no organizado, sino espontáneo, autoconvocado, etc. O cuando se trata agrupaciones con carácter transitorio, sin ánimos de persistir como grupo. En vistas a este amplio espectro de formas de organización social corresponde distinguir *representación de expresión social*. No toda expresión social es o pretende ser representativa.



Por otra parte, no todos los grupos buscan incidir democráticamente como un poder de (auto) gobierno o *constructivo* (en el sentido simple de hacer algo), sino que muchas veces se trata de un poder negativo, que simplemente se opone o denuncia algo. En esa línea Pierre Rosanvallon habla de grupos sociales que llevan a cabo acciones de obstrucción u oposición; reuniones de distinta índole que agotan su voluntad en el acto de rechazo. En sus términos, pueden ser incluso mayorías sociales, pero *reactivas, heterogéneas* y que no necesitan ser coherentes para llevar a cabo su finalidad. En el específico marco

1 Carlos Strasser, *El orden político y la democracia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1986, pp. 18-20; Carlos Strasser, *Para una teoría de la democracia posible*, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1991, vol. 2 ("La democracia y lo democrático"), pp. 41-42.

2 Carlos Strasser, *El orden político y la democracia*, op. cit., pp. 18-20; Carlos Strasser, *Para una teoría de la democracia posible*, vol. 2, op. cit., pp. 40-43.

6 "ni toda la suma de ONGs y demás organizaciones y sucursales de organizaciones o conjuntos sociales que puedan actualmente enumerarse en cada país -formalizados en más o en menos, o también informales- resultan conmensurables con ella. En todo caso, están supliéndola por grados para bien y/o mal, variablemente". Carlos Strasser, *La razón democrática y su experiencia*. Temas, presente y perspectivas, Buenos Aires, Prometeo, 2013, p. 147.



teórico que construye el autor, denomina a este fenómeno como el surgimiento de un “pueblo-veto”, que ejerce su soberanía como un poder de rechazo y da lugar a una “democracia negativa”, como una de las expresiones más significativas de lo que él denomina “contrademocracia”.<sup>7</sup> Pero, como puede verse, la propia terminología que el autor emplea ya muestra la paradoja de pensar a la democracia como algo que “se realiza” negativamente en lugar de mediante acciones constructivas.

Finalmente, también es problemático caracterizar adecuadamente la *actitud* o posición del ciudadano que habita esa sociedad “civil-no-política”. Hace tiempo se habla de *desconfianza* general a la clase política y *desinterés* en participar activamente de la política, al menos en los modos tradicionales de “militancia” partidaria. Pero, en simultáneo, es posible identificar otro perfil de ciudadano actual, hiperinformado, con un espíritu más activo o, al menos, más interesado en los temas comunes.

No obstante, el mayor activismo parece más bien vinculado a objetivos sectoriales y propulsado por grupos específicos dentro del amplio universo de la sociedad civil. Ese perfil movilizado representa sólo una fracción del espectro social cuyas voces merecerían tomar parte en la democracia actual. El ciudadano “urbano” e hiperconectado de las grandes ciudades, o aún el que vive en comunidades más pequeñas pero cuenta con algún espacio público donde expresarse, representa sólo una porción visible de la población que habita a lo largo y ancho de nuestro país y de sus problemas.

#### Recuperar la democracia como concepto político

El diagnóstico de lo social arriba expuesto es demasiado somero, pero sin embargo ya nos muestra que pensar a la democracia como un mero atributo de la sociedad civil es convertirla en algo difuso; algo que se manifiesta de todas y de ninguna forma al mismo tiempo.

De allí que lo que más debiera preocupar a las nuevas formas de conceptualizar a la democracia son todos aquellos sectores que, por diversas razones, no tienen voz; los que no se movilizan, no porque no lo necesiten o no lo quieran sino porque no pueden. Por ellos es que la democracia no puede salirse de lo político. Por el contrario, no “despolitizarla” parece ser el mejor camino para acercarnos a las metas que constantemente le asignamos a la pobre democracia: ser más republicana, más liberal, más representativa, más participativa, más deliberativa, etc.

A esos fines, con retornar a la idea de una democracia con más de todo aquello que la mejore en performance y aptitud de continuidad como *régimen político*, lograremos que hablar de “sociedad democrática” tenga algún sentido y no suene a una interpelación vacía sino a la descripción de una sociedad que haya logrado –al menos en una cuota considerable– autogobernarse; que goce de ciertas libertades y derechos básicos y que no necesite salir todo el tiempo a las calles porque, en lugar de ello, cuenta con espacios institucionales donde participar de manera *decisiva y real en la adopción de políticas públicas*.

Las necesidades y los problemas siguen siendo los mismos desde hace mucho tiempo. Tal vez la teoría de la democracia ya no necesite ser “profundizada mediante su complicación”<sup>8</sup>, sino mediante una simplificación que nos reencauce hacia la claridad y sencillez conceptual. Si la democracia es un concepto difuso y negativo, ergo, su realización práctica también lo será. Como contrapartida, al tener en claro su esencia y formularlo en términos

<sup>7</sup> Concluye que “(l)a soberanía del pueblo se manifiesta así cada vez más como poder de rechazo, ya sea a través de la expresión electoral periódica o de las reacciones permanentes ante las decisiones de los gobernantes. Se superpone de esta manera una suerte de nueva democracia de rechazo a la original democracia de proyecto. De ese modo se ha impuesto la soberanía de un pueblo veto”. Pierre Rosanvallon, *La contrademocracia*, op. cit., 2007, p. 32.

<sup>8</sup> La idea de “profundización mediante su complicación” está presente en Pierre Rosanvallon, *La legitimidad democrática...*, op. cit., p. 324. Tomada en nuestro medio por Rocío Annunziata, “Sobre las formas no electorales de representación”, en Carlos Strasser -comp.-, *La teoría política hoy*, Buenos Aires, FLACSO, 2015, p. 109.

positivos, sabremos mejor cómo hacerlo operativo.

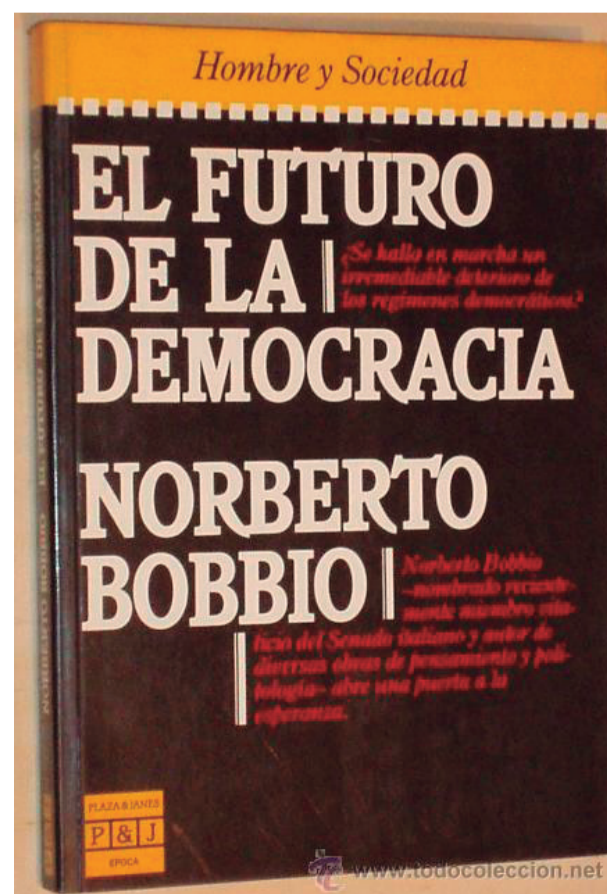
Frente a nuestra realidad social, el desafío de la teoría política es permanecer política. Al fin de cuentas, recuperar la politicidad del concepto de democracia es un paso hacia la fijación de *objetivos concretos y alcanzables* en el inacabado camino de fortalecer la democracia. Esa parece ser la tarea de teóricos y actores políticos relevantes cuando se disponen a definir su significado. Después de todo, *definir claramente de qué hablamos cuando hablamos de democracia no es sólo un objetivo teórico*: como todo concepto político fundamental se trata de algo cuyo nombre se invoca constantemente como fuente de legitimidad de decisiones y acciones de impacto real.

Finalmente, “la sociedad” exige para ser realmente empoderada que los esfuerzos se concentren en pensar seriamente y en detalle *los ajustes que requieren los mecanismos institucionales allí donde se deciden las políticas públicas*. Estas que luego definen la plena vigencia de las libertades y derechos básicos de las personas. Las preguntas que desafían hoy más que nunca a la teoría de la democracia son qué Estado y qué gobierno.

Allí es donde más fracasa la democracia todos los días. Allí es donde hay que ajustar exigencias: repensar qué mecanismos que mejor fortalecen la representación, qué otros la pueden completar como modos de participación ciudadana, en qué espacios y momentos institucionales es necesario preceder las decisiones de un debate amplio, en qué formas concretas esto puede hacerse. Pensemos entonces a la democracia en su máxima politicidad, o sea con su necesaria institucionalidad. Su despolitización sólo la convierte en un concepto difuso y negativo; en algo que no sabemos dónde está ni cómo se operativiza.



*En la actualidad, se suele hablar de “sociedad civil” o de “la sociedad” a secas, en contraposición a “los políticos” o “la clase política”.*





# La legítima defensa, analizada desde un caso aparentemente sencillo



Pablo Javier Flores  
Profesor UCSE, UBA. Abogado  
UBA. Secretario del Juzgado  
Federal en lo Criminal y  
Correccional Nro. 2 de SanIsidro,  
Pcia. de Buenos Aires.

## Sumario:

- I.- Introducción: El caso planteado. Presentación de los objetivos de análisis
- II.- Planteo de la problemática y conceptos teóricos aplicables
- III.- Solución dogmática
- IV.- Conclusiones
- V.- Bibliografía

### I.- Introducción: El caso planteado. Presentación de los objetivos de análisis.-

En el estudio del derecho, y del derecho penal en particular, la modalidad utilizada para evaluar el manejo correcto de los contenidos abordados suele ser la resolución de casos prácticos. Es por eso que en este artículo me propongo estudiar el instituto de la legítima defensa desde la resolución de un caso práctico -aparentemente sencillo- cuyas premisas se transcriben a continuación:

*“Una persona A viaja en tren, en un vagón que tiene pequeños habitáculos. Junto con él también viaja otra persona (B) con fuerte aliento etílico.*

*A, entonces, abre la ventana, en un día de invierno muy frío. B, se enoja y le exige que cierre la ventanilla. A no hace caso. B se levanta con intención de pegarle. A, ve que B tiene un cuchillo en la cintura. Entonces, A dispara con un arma de fuego en contra de B y le mata.”*

Expuesto el caso planteado, lo primero que cabe decir es que objetivo del análisis consiste en abordar, desde el punto de vista dogmático, las situaciones conflictivas que se presentan, a efectos de arribar a una solución integral del mismo.

En esa senda, desde ya adelante que el eje fundamental de este análisis se centrará en el plano de la antijuridicidad, en la medida en que habrá que determinar, a partir de las premisas del caso, si la conducta homicida de “A” se encuentra amparada por alguna causa de justificación, en particular, por la legítima defensa.-

Ello no resultará una tarea sencilla, pues las diferentes soluciones a las que pueda arribarse dependerán de la postura que se asuma en punto a los requisitos de tal causa de justificación y su incidencia en el caso concreto. Ello nos conducirá a presentar las distintas posiciones dogmáticas aplicables y, por supuesto, a esgrimir nuestra propia postura para poder ofrecer una solución al caso.

### II.- Planteo de la problemática y conceptos teóricos aplicables:

Para analizar el caso resulta indispensable identificar, con la mayor claridad posible, sus problemas centrales, a efectos de disponer de los recursos de manera sensata. Con ese propósito, a continuación realizaré una breve radiografía del caso a la luz de la teoría del delito, con el fin de separar las cuestiones que en principio no resultan controvertidas de aquellas otras que, por su complejidad, conformarán el núcleo de análisis de este trabajo.

Desde esa perspectiva, cabe decir que la conducta desplegada por “A” constituye una acción en términos jurídicos penales, en la medida en que se trata de un acto humano, que parte de la voluntad final y libre del autor, que es dirigida y dominada por la voluntad hacia un resultado determinado y que, a simple vista, no concurre ninguna de las causales que amerite evaluar su exclusión como base de lo injusto. Tampoco se advierten problemas en el plano de la tipicidad, y lo mismo ocurre con la culpabilidad.-

De modo que, corresponde analizar si esa acción de “A”, que en principio resulta ser típica del delito de homicidio, agravado por el empleo de un arma de fuego (arts. 79 y 41 bis del Código Penal) es también antijurídica.

Se trata entonces de analizar la acción típica, ahora como antijurídica, que será cuando aquella colisione con las llamadas normas de mandato o de prohibición. En relación a esto, podría sostenerse que desde el punto de vista de la teoría de la antijuridicidad en relación a la teoría del tipo, que aquella se convierte en una teoría de la juridicidad en el sentido de que se analizan aquellas circunstancias que, pese a que la acción del autor realiza un tipo penal, no son antijurídicas por estar justificadas por el Derecho<sup>1</sup>.-

De tal modo, el problema fundamental del caso se encuentra en el plano de la antijuridicidad, en particular en la legítima defensa, como precepto permisivo de una conducta típica, motivo por el cual nuestro análisis tendrá por objeto determinar si la conducta de “A”, de dar muerte a “B” en las circunstancias aludidas satisface los requisitos de la eximente.-

Para ello, resulta necesario partir del fundamento o razón de ser del instituto, a efectos de establecer su campo de actuación, para luego dar paso al análisis de cada uno de sus requisitos en el caso planteado. Dicho esto, corresponde poner manos a la obra.-

### III.- Solución dogmática:

Más allá de la tradicional expresión en que se funda la institución de la legítima defensa en cuanto a que *“el derecho no debe ceder ante el injusto”*<sup>2</sup>, en la doctrina actual, las teorías sobre su fundamento se basan en dos puntos de vista: la protección de sí mismo y la protección del derecho<sup>3</sup>, a lo que cabe agregar el fundamento que recibe desde la defensa del orden jurídico, entendido como *“un orden social de valores”*<sup>4</sup>, de manera que esa defensa no exceda los valores mínimos de la sociedad, es decir, la autonomía ética del hombre<sup>5</sup>.-

Pero está claro que sólo la acción de un hombre tiene aptitud para lesionar este sistema de valores reconocidos, ya que es el único que puede tener una relación con lo social y con lo que es la cultura propiamente dicha. Esto implica que la agresión ilegítima -primer elemento de análisis de la eximente- sólo pueda provenir de una persona humana, pero además, con el requisito de que esa acción sea libre.

Esta última afirmación nos introduce en el primer problema que parece presentar el caso; problema que -como más adelante se verá- el propio caso se ocupa de resolver.

En efecto, de sus consignas se desprende que “B” tenía

*“fuerte aliento etílico”*, de modo que al exigirse que los requisitos de la acción se basen en la libertad, la agresión ilegítima sólo podría existir en el caso si la acción fuera dominada o dominable por “B”, como consecuencia de lo cual podría descartarse la posibilidad de defensa de “A” si afirmáramos que el estado de embriaguez de “B” fuera de tal entidad que lo torne inimputable.

Sobre este aspecto, es decir, sobre la posibilidad de admitir o no que la agresión de un inimputable dé lugar a la legítima defensa, en la doctrina se ofrecen soluciones con diferente alcance, que naturalmente darían una u otra solución al respecto.

De un lado, se encuentran aquellos autores que entienden que un inimputable puede crear situaciones de defensa necesaria, y en consecuencia podrían llegar a afirmar que “B”, en el caso concreto, llevó a cabo una agresión ilegítima.-

En ese sentido, Hirsch<sup>6</sup> sostiene que los enfermos mentales o las personas no totalmente alcoholizadas -tal como parece presentarse en el caso en estudio- pueden crear situaciones de defensa necesaria. No obstante, sostiene que en esos casos de ataque de un incapaz de culpabilidad, se relativiza el derecho de defensa habida cuenta de que el interés general de la defensa del orden jurídico es menor y por ello la defensa se debe limitar a que no haya otra forma de evitarse la agresión.-

En términos similares, Roxin afirma que las agresiones no culpables dan derecho a la legítima defensa, aunque *“el interés en el prevalecimiento del derecho es sustancialmente menor que en el caso normal. Es verdad que, pese a renunciarse totalmente a la pena en esos casos, aún se puede seguir defendiendo el derecho frente al injusto; pero esa defensa ha de mantenerse en los límites que exige una protección del agredido guiado por la consideración social”*<sup>7</sup>.-

Cerezo Mir define la agresión como *“la realización de una acción dirigida a la producción de la lesión de un bien jurídico [...] La agresión supone la conciencia y voluntad de lesionar un bien jurídico”*. Sin embargo, afirma que *“... no es preciso que la agresión ilegítima sea culpable, pues el Código no lo exige. Cabe, por tanto, en principio, la legítima defensa frente a la agresión ilegítima de un inimputable -de una persona que padezca una anomalía o alteración psíquica, que se halle en un estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes u otras que produzcan efectos análogos-...”*<sup>8</sup>.-

Luzón Peña, cuando se refiere al problema de la culpabilidad, expresa que *“tampoco parece compatible con el tenor legal el concepto restrictivo de agresión antijurídica que exige que sea además culpable, interpretando de este modo peculiar el requisito de antijuridicidad en la agresión con la justificación de que sólo frente al agresor culpable -al menos parcialmente- tiene sentido la intimidación y el prevalecimiento del Derecho y la gran amplitud y dureza de la legítima defensa no proporcional y admisible aunque cupiera la huida”*<sup>9</sup>. Sin embargo afirma que *“aunque de lege*

6 Hirsch, Hans Joachim “Derecho Penal, Obras Completas” T. III, pág. 206.-

7 Roxin, Claus, “Derecho Penal. Parte General, T. I, parágrafo15 VIII, 1, mm.55.-

8 Cerezo Mir, “Curso de Derecho Penal español”, Parte General, T. II, Hara Editores, Perú 2006, pág. 611/612.-

9 Luzón Peña, Diego Manuel, “Curso de Derecho Penal. Parte General, Universitas, Madrid, 1996, pág. 592.-

1 Donna, Edgardo Alberto “Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Teoría General del Delito - II. Ed. Rubinzal Culzoni Editores, pág. 8. En relación a ello, ver también Triffterer, Otto, österreichisches Straferrecht Allgemeiner Teil, 2. °ed. Springer, Verlag Wien, New York, 1994, pág. 206 y ss. en cuanto sostiene que “El efecto indiciario del tipo penal se basa fundamentalmente en que ya en el tipo penal existe un desvalor, que debe corroborarse luego en el análisis de las causas de justificación”

2 Donna, Edgardo Alberto, op. cit., pág. 139.-

3 En tal sentido, ver Roxin, Claus, “Derecho Penal. Parte General, T. Fundamentos, parágrafo15 I mm.1.-

4 Donna, Edgardo Alberto, op. cit., pág. 160.-

5 Bitzilekis, Nikolaos, Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts, Duncker & Humblot, Berlín 1984, pág. 51 y ss.-



ferenda sea defendible por concordar mejor con la función intimidatoria de la legítima defensa, con lo que frente a agresiones no culpables sólo cabría la reacción del estado de necesidad defensivo (exigiendo subsidiariedad y excluyendo la gran desproporción) lo cierto es que una agresión no culpable puede sin embargo ser ilegítima o antijurídica, y no parece correcto negar la exención por legítima defensa donde la ley la admite<sup>10</sup>.

De otro lado, entre los autores que sostienen que un incapaz de culpabilidad no puede ser autor de una agresión (y por lo tanto podrían llegar a afirmar que “B” no creó, en el caso, una situación de defensa necesaria) se encuentra Otto<sup>11</sup>, quien parte de la base de que la definición del ataque considerado sólo como la amenaza de lesión a un bien jurídico, no es correcta ya que se deben considerar dos aspectos: que el autor debe actuar tanto en contra de un bien jurídico individual como también en contra de la vigencia del orden jurídico. De modo que su conclusión es que el atacante debe ser consciente de que pone en cuestión al orden jurídico, lo cual lleva a que no pueda ser el incapaz de culpabilidad autor de la agresión.

En la misma línea, Jakobs<sup>12</sup> afirma que falta el ataque antijurídico cuando el comportamiento no es imputable enteramente, esto es, como culpable, pero aclara que ello exige que en todas las situaciones de necesidad se trata de distribuir las cargas del conflicto social, específicamente en la legítima defensa, por lo que el agresor debe soportar las cargas por su agresión.

No obstante, sostiene que sólo procede la legítima defensa en contra de quienes actúan sin culpabilidad (como podría ser el caso de “B”) si se toma un punto de vista unilateral de preservación de los bienes del agredido y concluye que el derecho a la legítima defensa además de exigir que el agresor actúe con dolo o imprudencia, al ser más drástico, debe ser consecuencia de algo más que de la mera responsabilidad o incumbencia del agresor “éste debe, más bien, perder el derecho a poner en juego sus intereses más allá de la medida de la solidaridad mínima vigente en cualquier caso. Lo cual únicamente puede ocurrir cuando el agresor ha causado el conflicto culpablemente: sólo con estos baremos es correcta la caracterización usual del principio básico de que “el Derecho no tiene que ceder ante el injusto”<sup>13</sup>

Expuestas de esta manera las posiciones doctrinarias que resolverían el tópico de una u otra forma, sobre la base de aceptar o no que la agresión de un inimputable pueda dar lugar a la legítima defensa, cabe consignar nuestra opinión al respecto. En este sentido, y tal como se dijo anteriormente, entiendo que la acción en que se basa la agresión ilegítima debe ser final y libre, de modo que un inimputable que no comprende sus acciones y su significado no encuadra en la agresión ilegítima, puesto que ésta no existe en el sentido estricto del término.

Por ende sostengo que no se trata de exigir la culpabilidad del agresor, sino sólo que exista un mínimo de libertad en el sujeto, de modo que en esos casos –en los que no se verifique un mínimo de libertad– sólo será posible recurrir al estado de necesidad justificante defensivo<sup>14</sup>.

De esta manera, como dije más arriba, es el propio caso el que, si bien plantea el problema, también ofrece su solución, puesto que de sus premisas sólo surge que “B” tenía “fuerte aliento ético”, mas no que se encontrara en un estado de embriaguez tal que elimine su ámbito de libertad o su capacidad de manejar sus acciones y los cursos causales, o bien que lo torne inimputable, de modo que en estas condiciones no cabe tener por cierto

un extremo que no surge del caso.

Si a lo expuesto se suma que del caso sí se desprende que “B” se encontraba ubicado en tiempo y espacio (dado que pudo reconocer que se encontraba dentro del vagón de un tren; que también pudo percibir que “A” había abierto la ventana y que antes de decidir ponerse de pie por sus propios medios con la intención de pegarle a “A” le exigió que cierre la ventanilla –como instancia previa a la agresión–), cabe concluir en que “B” tenía dominio de sus acciones y que en consecuencia tal requisito se ve satisfecho en el caso, es decir que “B” efectivamente creó una situación de defensa necesaria.

Zanjado ese asunto, y prosiguiendo con el análisis, nos encontramos con que tal como lo exige la propia ley, esa agresión debe ser antijurídica, y en relación a esto podemos decir con Hirsch<sup>15</sup> que la agresión será antijurídica cuando jurídicamente no deba ser soportada en forma obligatoria por el afectado, siendo que en consecuencia, no será antijurídica la conducta de quien agrede en aquellos supuestos en que existe por parte del afectado el deber de soportar la agresión.

No obstante esta primera aproximación, resulta de sumo interés rescatar la postura de Maurach y Zipf en cuanto sostienen que una agresión es antijurídica si representa un ilícito de conducta y hace temer la realización de un ilícito de resultado, en un interés accesible a la legítima defensa<sup>16</sup>.



De esta forma se centra el problema en la distinción entre desvalor de acción y desvalor de resultado como una unidad que no puede escindirse. De modo que partiendo de esta idea, no puede aceptarse la legítima defensa en los casos en que la acción de la que se pretende defender el sujeto satisface los recaudos del deber de cuidado, o se trata de una conducta conforme a derecho o socialmente adecuada, puesto que respecto de ellas solo cabría una solución dentro del estado de necesidad inculpante.

Siendo ello así, queda claro que la agresión de “B” fue antijurídica, en la medida en que jurídicamente no debía ser soportada en forma obligatoria por “A” (no se trató de una conducta conforme a derecho) pero además, no fue una acción socialmente adecuada.

En punto al alcance de la agresión, cabe decir que ella debe poner al bien jurídico en grave peligro de deterioro o pérdida inminente, de modo que si este requisito no existe, no se dará uno de los extremos de la legítima defensa, siendo que en el caso concreto, resulta claro el peligro grave (en tanto probable) e inminente en que se encontraba “A” cuando “B” se levantó con intención de pegarle, portando un cuchillo en su cintura, en un vagón con pequeños habitáculos, es decir, con poco espacio de maniobra escapatoria. De allí, es decir, del carácter inminente de la agresión de “B”, es que puede afirmarse que la misma resultaba ser actual en el caso.

En resumen, entiendo que en el caso existió una agresión ilegítima real de parte de “B”, que se tradujo en una acción dolosa y que incluso la misma se verificó fuera del ámbito de su conciencia al levantarse “con intención

de pegarle”, siendo que la agresión de “B” puso en riesgo el bien jurídico “vida” de “A” y que al momento de la reacción defensiva de “A” aquella agresión ilegítima aún no había cesado.

*“el derecho no debe ceder ante el injusto”<sup>17</sup>, en la doctrina actual, las teorías sobre su fundamento se basan en dos puntos de vista: la protección de sí mismo y la protección del derecho<sup>18</sup>, a lo que cabe agregar el fundamento que recibe desde la defensa del orden jurídico, entendido como “un orden social de valores”<sup>19</sup>*

Dicha agresión ilegítima de “B” (art. 34, inc. 6°, a) del CP) es el centro de la posibilidad de defensa, ya que hace que exista una contradicción entre el derecho y su acción injusta, siendo el extremo a partir del cual puede hablarse jurídicamente de la posibilidad de defenderse legítimamente, como defensa del orden jurídico. De modo que cabe ingresar ahora al serio problema de analizar el medio empleado por “A” para impedir la agresión ilegítima de “B” (art. 34, inc. 6°, b) del CP), siendo éste el segundo aspecto relevante del caso, y al que corresponde prestar especial atención.

Como punto de partida, cabe decir que la acción defensiva es legítima en la medida en que se corresponda con la agresión ilegítima. En punto a ello, parece haber consenso en la doctrina en cuanto a que la defensa debe ser necesaria en el sentido de que no debe haber otro medio menos gravoso al alcance de quien se defiende, es decir, que debe utilizarse el medio menos lesivo.

En ese sentido, Maurach y Zipf sostienen que “la justificación se produce solamente si la acción en legítima defensa es necesaria para rechazar la agresión...”<sup>17</sup> e insisten en la idea del medio menos gravoso, de modo que en el caso concreto se debe utilizar aquel que irroque el menor daño posible<sup>18</sup>.

Sin embargo, los mismos autores afirman que “no es preciso que soporte daños a bienes propios ni tampoco debe limitarse a aquellos medios defensivos menos peligrosos o más inseguros, en cuanto al éxito de la defensa...” en consecuencia, “si no existe alternativa, el medio elegido será necesario...”<sup>19</sup>.

De modo que si la defensa necesaria se determina en base a las circunstancias del caso particular bajo las cuales se desarrolla la agresión, es decir tomando como parámetros la fuerza y la peligrosidad del agresor, los medios de ataque utilizados y las posibilidades de defensa del afectado<sup>20</sup>, debemos concluir en que la acción defensiva de “A” resultó –en el contexto particular del caso– necesaria, en la medida en que “A” no contaba a su alcance con otro medio menos gravoso que el arma que

10 Luzón Peña, Diego Manuel, “Curso de Derecho Penal. Parte General, cit. pág. 592/593.-

11 Otto, Harro, Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Strafrechtslehre, Zweite Auflage, Walter de Gruyter, Berlín, New York 1982, pág. 94/95.-

12 Jakobs, Gunter, “Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación”, Ed. Marcial Pons, segunda edición, 1997, págs. 464/465.-

13 Jakobs, Gunter, “Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación”, cit. págs. 466/467.-

14 Donna, Edgardo Alberto “Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Teoría General del Delito – II. Ed. Rubinzal Culzoni Editores, pág.192.-

15 Hirsch, “Derecho Penal, Obras Completas, T. II, pág. 324.-

16 Maurach y Zipf, Derecho Penal Parte General, T: I, parágrafo 26, II.-

17 Maurach y Zipf, Derecho Penal Parte General, T: I, parágrafo 26, II. B, nm. 28.-

18 Maurach y Zipf, Derecho Penal Parte General, T: I, parágrafo 26, II. nm. 32.-

19 Maurach y Zipf, Derecho Penal Parte General, T: I, parágrafo 26, II. nm. 32.-

20 Maurach y Zipf, Derecho Penal Parte General, T: I, parágrafo 26, II. Nm. 30.-



tenía en su poder para repeler la agresión ilegítima de "B" (recuérdese que "B" llevaba un cuchillo en su cintura, de modo que no podía exigírsele a "A" en esas particulares circunstancias -se encontraban dentro de un tren, en un vagón de pequeños habitáculos- que intentara repeler la agresión a través del uso de su fuerza), de modo que el medio empleado por "A" fue idóneo a tales fines.-

Es que, una conducta es necesaria cuando sea el único camino eficaz para neutralizar la agresión antijurídica y será racional cuando sea proporcional, es decir, cuando medie una relación entre el mal evitado y el mal causado<sup>21</sup>.-

Y es justamente en este último punto, en la racionalidad del medio empleado, donde se produce el punto de inflexión del caso, en la medida en que se aprecia que no existió proporcionalidad entre la conducta defensiva de "A" y la agresión ilegítima de "B". Ello así por cuanto existían a su alcance alternativas menos lesivas a las que pudo haber recurrido a fin de neutralizar la agresión, entre ellas, haber efectuado un disparo de advertencia o incluso un disparo que lesionara una pierna de "B" de forma leve.-

Es que, la racionalidad del medio de que habla la ley argentina implica la posibilidad de defenderse de la manera más eficaz, con el medio menos dañoso para el agresor<sup>22</sup>. De modo que, para que pueda entrar en consideración la defensa de "A", que consistió en efectuar, sin más, un disparo mortal, debiera haber tenido lugar previamente, en el sentido de una legítima defensa gradual, el uso del arma para realizar una advertencia a "B" o en última instancia haber efectuado un disparo que lesionara una de las piernas de "B" de forma leve.

Nótese que no estamos exigiéndole a "A" el empleo de medios de defensa inseguros, ni que se hubiera lanzado a luchar previamente con "B", ni que hubiera intentado emprender la huida. En relación a esto último, proviniendo la agresión de un sujeto en estado de ebriedad, es claro que la razón aconsejaba indudablemente la fuga y que hubiera sido deseable ponerse al abrigo de semejante ataque para no tener que rechazarlo, pero cabe concluir en que ello no era viable en el caso, dado que se encontraban dentro de un tren, en un vagón con pequeños habitáculos, con lo cual no había margen de escape para "A".-

De tal forma, si bien la acción defensiva de "A" fue necesaria en el contexto del caso concreto, no fue racional en la medida en que no hubo proporcionalidad entre el mal causado a través de la conducta defensiva de "A" y el mal evitado, que suponía la agresión ilegítima de "B", como consecuencia de lo cual la acción defensiva de "A" excedió los límites de la defensa necesaria, y por ende, su conducta fue antijurídica.

Lo expuesto en el párrafo que antecede nos conduce a analizar la aplicación de las disposiciones del artículo 35 del código penal, en tanto establece que: *"el que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia"*. La disposición abarca tanto los casos de exceso intensivo como de exceso extensivo, siendo que mientras en el primer caso, el autor se excede en la medida, en el segundo, se excede en los límites temporales de la legítima defensa<sup>23</sup>.

De acuerdo a lo ya expuesto, está claro que el caso en examen se trata de un supuesto de exceso intensivo en la defensa, en la medida en que "A" inició su acción de manera dolosa (en el sentido de querer defenderse) y la terminó también dolosamente (excediendo la agresión ilegítima). Y en relación a esto, se ha dicho que *"No puede el legislador cambiar la naturaleza de la acción, por más que esa sea su voluntad. Quien se defiende, inicia su acción de manera dolosa, en el sentido que quiere defenderse, y termina su acción también dolosamente, esto es, excediendo la agresión ilegítima. Y para este caso es la regulación del art. 35 del Cód. Penal, porque si el sujeto mata, culpa mediante, sería aplicable el art. 84, lisa y llanamente, con lo cual la disposición estaría de más"*<sup>24</sup>.

Ello, sin perjuicio de que *"si el que se excede lo hace por negligencia o imprudencia, podrá caer en el art. 35 del C. Penal, pero deberá aclararse cuál fue la negligencia o imprudencia cometida"*<sup>25</sup>, circunstancia ésta que no se presenta en el caso en tanto no se hace referencia a un obrar imprudente de parte de "A" en su acto defensivo.-

De tal forma, es claro que hay una disminución de la antijuridicidad, que lleva por ende a una disminución de la pena. Es que en el fondo, el legislador -aún con mala técnica<sup>26</sup>, ha pensado que se debe disminuir la sanción por ser menos antijurídico el hecho, en la medida en que la antijuridicidad de la conducta de quien se excede es menor que la de aquel que actúa desde el inicio sin encontrarse en una situación de justificación.

Esta solución del caso nos exime de evaluar la concurrencia del último requisito, previsto en el art. 34 inciso 6°, c) del Código Penal, esto es que no haya habido provocación suficiente del ataque por parte de "A", más allá de que puede decirse que no se advierte que "A" haya provocado la agresión ni de manera dolosa ni de manera imprudente. Esto es, no puede decirse que el hecho de que "A" hubiera abierto la ventana del tren -por más que se tratara de un día de invierno muy frío, y por más de que no atendiera el reclamo de "B" de cerrarla- importe una provocación suficiente de la reacción de "B" que implique una renuncia de "A" a la protección jurídica de sus bienes.-

Finalmente, debo decir que del caso no surgen elementos que hagan suponer que "A" resultaba ser inimputable, en el sentido de no comprender la criminalidad de sus actos o de dirigir sus acciones conforme a esa comprensión, de modo que cabe concluir en que "A" resulta ser autor penalmente responsable del delito de homicidio simple con exceso en la legítima defensa, agravada por el uso de un arma de fuego (artículos 79, 35 y 41 bis del Código Penal).-

#### IV.- Conclusiones:

En la legítima defensa se debe tener respeto, desde lo jurídico, por la persona del atacante, quien no pierde por ello su condición de persona. Además, dado que con la acción de defensa se está defendiendo el orden jurídico, se deben respetar los valores vigentes dentro de ese orden y por ende no se puede defender ese orden jurídico colocándose en contra de los valores esenciales por él representados.

De allí que la muerte del agresor sólo sea posible en casos de excepción y cuando todos los medios menos lesivos hayan fracasado y esté en riesgo la propia vida del sujeto, dentro del contexto de la acción. Esto no sucedió en el caso, puesto que si bien existió una agresión ilegítima de parte de "B", también existían al alcance de "A" medios menos lesivos a los que pudo haber recurrido (por ejemplo, y como ya se dijo, haber efectuado un disparo de advertencia a "B" o incluso un disparo que lo lesionara en las piernas de forma leve) a fin de neutralizar su agresión, pero en lugar de ello, "A" optó por cobrarse la vida de "B", colocándose voluntariamente en contra de aquellos valores esenciales representados por el orden jurídico, que le imponían respetar la vida de un prójimo.-

En esas condiciones, puede concluirse en que "A" no persiguió desde el punto de vista subjetivo realizar su conducta de conformidad con el derecho, afirmándose en la norma de permiso. Es que protección de bienes propios y protección del orden jurídico no son dos pensamientos distintos (es decir, una idea individualista por un lado y una idea social por el otro) sino que son dos momentos del mismo concepto, cual es la protección del orden jurídico, de modo que siendo la legítima defensa un medio que tiene el orden jurídico para su mantenimiento y protección, la defensa legítima no puede ir más allá de los valores del propio orden jurídico, y es justamente por ello que la conducta de "A" resultó ser, en el contexto del caso concreto, antijurídica. Esa es mi conclusión al respecto.-

25 Donna, Edgardo "El exceso en las causas de justificación". Pág. 99.

26 Donna, Edgardo. "El exceso en las causas de justificación". Pág. 96.

21 Pessoa, Nelson "Legítima Defensa", Mave, Corrientes, 2001, pág. 133.-

22 Donna, Edgardo Alberto "Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Teoría General del Delito - II. Ed. Rubinzal Culzini Editores, pág. 205.-

23 Jescheck. "Tratado de derecho penal. Parte general". Pág. 671.

24 Donna, Edgardo. "Teoría del delito y de la pena". T. II. Pág. 212 y siguientes.

#### V.- Bibliografía:

- » Donna, Edgardo Alberto "Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Teoría General del Delito - II. Ed. Rubinzal Culzoni Editores.-
- » Triffterer, Otto, österreichisches Straterfecht Allgemeiner Teil, 2 °ed. Sprunge, Verlag Wien, New York, 1994.-
- » Roxin, Claus, "Derecho Penal. Parte General, T. Fundamentos.-
- » Bitzilekis, Nikolaos, Die nuee Tendenz zur Einschränkung des Notwhrrechts, Duncker & Humblot, Berlín 1984.-
- » Hirsch, Hans Joachim "Derecho Penal, Obras Completas" T. III.-
- » Cerezo Mir, "Curso de Derecho Penal español", Parte General, T. II, Hara Editores, Perú 2006.-
- » Luzón Peña, Diego Manuel, "Curso de Derecho Penal. Parte General, Universitas, Madrid, 1996.-
- » Otto, Harro, Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Strafrechtslehre, Zweite Auflage, Walter de Gruyter, Berlín, New York 1982.-
- » Jakobs, Gunter, "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación", Ed. Marcial Pons, segunda edición, 1997.-
- » Maurach y Zipf, Derecho Penal Parte General, T: I.-
- » Pessoa, Nelson "Legítima Defensa", Mave, Corrientes, 2001.-
- » Jescheck. "Tratado de derecho penal. Parte general".-
- » Donna, Edgardo. "Teoría del delito y de la pena". T. II.-
- » Donna, Edgardo "El exceso en las causas de justificación".-

*Maurach y Zipf sostienen que "la justificación se produce solamente si la acción en legítima defensa es necesaria para rechazar la agresión.."*<sup>27</sup>



#### Oferta Académica

- » **Abogacía**
- » **Martillero Público, Corredor y Administrador de Consorcios**
- » **Psicopedagogía**  
*Ciclo de Complementación Curricular de Licenciatura, dos años.*
- » **Bibliotecología**  
*Ciclo de Complementación Curricular de Licenciatura, dos años.*
- » **Tecnicatura en Higiene y Seguridad en el Trabajo**
- » **Educación a Distancia**