

Sumário

Presentación

EL VOLUMEN n° 50 DE ANALES: un hito significativo
Roberto Omar Berizonce V-VII

PRESENTACIÓN
Juan Carlos Corbetta IX-X

Derecho Administrativo

LA INDEMNIZACIÓN EXPROPIATORIA
Álvaro Bautista Flores 1-22

Derecho Ambiental

SOSTENIBILIDAD, JUSTICIA AMBIENTAL, REDES
Silvia Nonna 23-40

**REGULACIÓN JURÍDICA DEL AGUA EMBOTELLADA Y DEL
ARSÉNICO EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, ARGENTINA**
Verónica Cáceres, Clara Minaverri 41-63

**EL PROCESO COLECTIVO AMBIENTAL: una caracterización *sui
generis***
Matias Oscar Muñoz 65-80

Derecho Civil

**DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN Y DERECHOS SUCESORIOS
EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA *POST MORTEM* EN
ESPAÑA**
Irene Santolaria Baig, Francisca Ramón Fernández 81-108

UNA SENTENCIA RAZONABLE EN MATERIA DE ADOPCIÓN
Ruben Marcelo Garate 109-127

**LA PROTECCIÓN DE LAS RELACIONES
INTERGENERACIONALES ENTRE NIETOS Y ABUELOS EN EL
CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. Consideraciones a partir de su
lectura transversal**
Florencia Vazzano 129-141

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE SEPULCROS Belen Masci	143-164
MERCADOS FINANCIEROS Y BURSÁTILES COMO MERCADOS DE CONSUMO. Protección de los usuarios y consumidores financieros Mauro Fernando Leturia, Adrián E. Gochicoa	165-186
Derecho Constitucional	
LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS LEGISLADORES, DEL PERIODISMO Y DE LOS CIUDADANOS. Un análisis comparativo Alfonso Santiago	187-203
LA TEORÍA DE LOS CONTRA-LÍMITES Y EL DERECHO ARGENTINO: ¿a dónde vamos? Jorge Alejandro Amaya	205-225
LOS ARREGLOS INSTITUCIONALES PENDIENTES Y LAS RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES EN EL FEDERALISMO FISCAL ARGENTINO Valeria Bizarro, Marcelo Bernal	227-248
ARISTÓBULO DEL VALLE: HOMBRE DE ESTADO Y PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL Juan José Herrero Ducloux	249-270
ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA INEMBARGABILIDAD E INEJECUTABILIDAD DE LA VIVIENDA ÚNICA EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES: ¿una interpretación constitucional o convencional? Elsa María del Carmen Lloret, Pedro Luis Arrouy	271-293
LA SECRETARÍA DE GOBIERNO EXISTENTE EN LOS AÑOS 1974-1975 Y LA JEFATURA DE GABINETE Luis Asis Damasco	295-309
Derecho Financiero	
TAX DAY - día de la declaración jurada tributaria en los Estados Unidos de América y en la República Argentina Mónica Bariggi	310-333

Derechos Humanos

ESTEREOTIPOS Y VIOLENCIA DE GÉNERO: estudio de casos paradigmáticos ante el Comité CEDAW
Lucía Mercedes Catuogno 335-355

EL AMPARO COLECTIVO PARA GARANTIZAR EL DERECHO DE IGUALDAD LABORAL Y NO DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN DEL GÉNERO
Erika Silvina Bauger 357-388

Derecho de la Integración

UN VISTAZO A LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL T-MEC
Francisco López González 389-407

Derecho Internacional Privado

INCIDENCIAS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
Luciana Beatriz Scotti 409-441

Derecho Notarial y Registral

BREVE ESTUDIO HISTÓRICO DEL PRIMER DOCUMENTO NOTARIAL Y DE SU PROYECCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN
Sebastian Justo Cosola 443-464

Derecho Penal

LA CADENA PERPETUA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO Y ARGENTINO. Análisis y comparación
Mario Caterini, Mario Eduardo Maldonado Smith 465-498

UNA NECESARIA APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD PENAL POR MALA PRAXIS MÉDICA
Liuver Camilo Momblanc 499-527

Derecho Político

LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN (TIC) Y SUS EFECTOS EN LOS INSTITUTOS DE PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN POLÍTICA
Jorge O. Bercholc 529-547

ESTADO-NACIÓN Y ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL: DEL ANÁLISIS CONCEPTUAL AL ESTUDIO DE LOS ARTEFACTOS JURÍDICO-POLÍTICOS	549-566
Claudio Contreras	
EL JUEZ CIVIL DESDE EL PRISMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO	567-585
Cecilia Soledad Carrera	
Derecho Procesal Civil	
ENTRE EL PUBLICISMO Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: un nuevo modelo de proceso civil	587-607
Roberto Omar Berizonce	
Derecho Procesal Penal	
JUICIO PREVIO COMO CONDICIÓN CONSTITUCIONAL IMPEDITIVA DEL DICTADO DE UNA CONDENA EN LAS INSTANCIAS RECURSIVAS	609-629
Gabriel Di Giulio	
Derecho Público Provincial y Municipal	
LA AUTONOMÍA ECONÓMICA Y FINANCIERA DE LOS MUNICIPIOS CON PARTICULAR ATENCIÓN AL PODER TRIBUTARIO	631-660
María Josefina Goñi	
Derecho Romano	
LA EVALUACIÓN DE LOS APRENDIZAJES Y LOS ERRORES EN EL ESTUDIO DEL DERECHO ROMANO	661-677
Romina del Valle Aramburu	
Derecho y Nuevas Tecnologías	
ALGOR-ÉTICA: la ética en la inteligencia artificial	679-698
Jorge Fabián Villalba	
Filosofía del Derecho	
EL FALAZ PROBLEMA DE LAS FALACIAS Y EL DERECHO	699-725
Guillermo G. Peñalva	
Historia Constitucional	
CENTENARIO DE LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR	727-748
Pablo Hirschmann	

**APUNTES PARA UNA PERIODIZACIÓN DE LA HISTORIA
CONSTITUCIONAL ARGENTINA**

Ricardo Germán Rincón

749-773

Sociología Jurídica

**EL PARADIGMA NEOLIBERAL DE GOBIERNO:
PRECARIZACIÓN, INMUNIDAD Y CONTROL**

Candela de la Vega, María Alejandra Ciuffolini

775-789

Resultado de Investigación

**LA PRODUCCIÓN JURISDICCIONAL DE LA CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

Leandro J. Giannini

791-832

Reseña Bibliográfica

**ACUERDO UNIÓN EUROPEA - MERCOSUR. La comercialización de
alimentos en la Unión Europea y el Mercosur, de Sandra Negro**

Alejandra Díaz

833-835

EL VOLUMEN N° 50 DE *ANALES*: UN HITO SIGNIFICATIVO

POR **ROBERTO OMAR BERIZONCE**(*)

La aparición del volumen N° 50 de *Anales*, un acontecimiento trascendente en la vida universitaria, jalona una larga y proficua trayectoria de empeños y desvelos, también de ilusiones y esperanzas. En el camino hacia el ya cercano primer centenario brinda testimonio elocuente de su lozanía y fidelidad al mandato de sus inspiradores allá en el lejano año de 1926, cuando irradiaba con intensidad el ideario transformador impulsado por Joaquín V. González, enriquecido por la Reforma de 1918.

No fue casual la creación de *Anales* como “órgano oficial del profesorado y del Centro de Estudiantes de Derecho”, con el objetivo de “recoger artículos sobre cuestiones de carácter jurídico y social de interés nacional o general y, especialmente, sobre las diversas asignaturas que comprende el plan de la Facultad”, como puede leerse en el volumen I, aparecido ese mismo año bajo la dirección del Dr. Enrique Ruiz Guiñazú.

Eran tiempos luminosos y feraces durante los cuales la revista crecía al compás de la ascendencia que iba ganando nuestra casa. Espejaba el mejor quehacer profesoral, que en tiempos de alumbramiento y esplendor contribuía a cimentar el prestigio de la incipiente universidad. Plumas brillantes como las de Alfredo L. Palacios, Enrique V. Galli, Amílcar A. Mercader, Alberto G. Spota, Santiago G. Fassi, Bartolomé A. Fiorini y de tantos otros maestros ejemplares, encaramaron la publicación en el escenario jurídico nacional, tanto como en el iberoamericano y europeo.

(*) Prof. Emérito de la Universidad Nacional de La Plata.

Luego llegaron las intermitencias que infelizmente fueron desdibujando aquellos empeños, sobremanera se fue perdiendo continuidad, al conjuro de las circunstancias cambiantes y los vaivenes políticos que, con mayor o menor intensidad, afectaron la institucionalidad republicana y democrática, tanto como la vida universitaria. Claro que renacía una y otra vez, perseverantemente, la idea motriz y, al cabo, la obra volvía a resplandecer.

Precisamente en los albores del siglo que trascurre se alumbró una “nueva serie” del tradicional anuario, con la aparición en 2003 del volumen N° 34, bajo la dirección del Dr. Juan Carlos Corbetta, fruto de un convenio de edición suscripto con el entonces director de la *Revista La Ley*, Dr. Carlos J. Colombo. A partir de entonces y con singular puntualidad se presentaron dieciséis tomos, hasta el N° 49, año 16, de fines de 2019.

A la inteligente dirección del Dr. Corbetta y sus colaboradores se deben las notables transformaciones que en los últimos años viene exhibiendo la revista. En esa trayectoria fructífera que lleva ya más de tres lustros, reluce una línea editorial coherente asentada en la búsqueda permanente de criterios de excelencia. El logro del siempre difícil punto de equilibrio entre lo que Umberto Eco consideraba de la esencia de la producción científica: el balance justo entre las bases cuantitativas —el número de los productos— y el elemento cualitativo —la calidad intrínseca de los mismos—. Y, desde luego, siempre bajo el irrestricto respeto de la libertad de expresión de las ideas, que excluye cualquier manipulación por conducto de la “opinión oficial”. Un modelo ideal que ha sido consustancial a la Revista desde sus albores, y que se ha reafirmado plenamente en la actual etapa.

Bajo esas premisas, a partir de 2005 comenzó a afianzarse la institucionalidad de la publicación, con la ampliación del Consejo Consultivo Honorario y la incorporación de nuevos miembros pertenecientes a prestigiosas academias científicas, universidades e institutos de investigación de diversos países. En paralelo, se conformó el Consejo Honorario Editorial integrado por todos los profesores extraordinarios de la casa.

Un hito significativo fue más adelante la instauración en 2009 del régimen del referato para asegurar la calidad de la producción científica que se difunde. Exigencia ya por aquel entonces ineludible para asentar el prestigio de todas las publicaciones científicas. Siguió a ello la designación de jurados externos y la extensión de la participación a estudiosos de otras universidades del país y del exterior, palpable ya en el N° 43, 2013. Un paso decisivo constituyó sin duda la inclusión del Anuario en el catálogo Latindex, conocido sistema de información sobre revistas de investigación jurídica y cultural editadas en los países que integran América Latina, el Caribe, España y Portugal. Fue un objetivo fijado ya en 2012 y que ulteriormente se ha concretado con el reconocimiento y su calificación como “Revista

Científica”. Con el valor agregado de la inserción de un caudal significativo —cincuenta por ciento— provenientes de producciones jurídicas originadas en otras universidades e institutos de investigación nacionales y extranjeros. Y, bajo canje, la distribución y amplia circulación de la revista en aquellas sedes externas; además de su puntual entrega a los docentes e investigadores de nuestra casa.

Hay, sin embargo, otras novedosas coordinadas que se impone subrayar como denotativas de su renovado impulso y de la fidelidad al ideario originario. En primer lugar, la generación y persistencia de una verdadera política académica editorial, sostenida sin excepción por las diversas conducciones de la Facultad en las últimas dos décadas. En esa línea, y en paralelo, se editaron varios números extraordinario con ocasión de conmemoraciones de época o acontecimientos jurídicos. Así, los dedicados al Centenario de la Universidad Nacional de La Plata (N° 36, 2005) y al Bicentenario de la Declaración de la Independencia (2016). Se brindó también un espacio significativo al estudio de las nuevas instituciones con *Apuntes sobre el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación* (2015).

No menos relevante, las páginas de la publicación se abrieron como oportuno recordatorio y justo homenaje institucional, como los brindados —además de aquel referido al Centenario de la Casa de Joaquín V. González— a memorar el Bicentenario de la Asamblea General Constituyente del Año XIII (N° 43, 2013), al vigésimo aniversario de la Reforma Constitucional de 1994 (N° 44, 2014). O cuando se recordó el nonagésimo aniversario de la creación de *Anales* (N° 46, 2016).

Todavía, se abrieron sus páginas para recoger otras diversas expresiones en tonalidad literaria, como los espacios brindados a ensayos o poemas y géneros semejantes. Aportes que han contribuido a su enriquecimiento cualitativo, recibidos siempre con beneplácito por los lectores.

En la síntesis, la revista ostenta en estos tiempos tan complejos, plenos de desafíos e interrogantes, una pujanza notable, corolario del renovado compromiso asumido por todos. En primera línea, por la Dirección a cargo del profesor Juan Carlos Corbetta, lúcido e incansable inspirador, constructor y gestor desde hace casi dos décadas; y a su lado, la labor que vienen desempeñando los integrantes de los Consejos Consultivo y Editorial Honorarios. Y, sobre todo, por el respaldo del claustro profesoral y los institutos de investigación, que generaron junto con los numerosos colaboradores extranjeros, un extraordinario caudal de aportes de calidad, para el avance de las ciencias jurídicas y sociales. Fruto invaluable de tantos empeños, la revista exhibe hoy, para orgullo de todos, una imagen de compromiso, de responsabilidad, de ejemplaridad que reconcilia plenamente a nuestra casa con las exigencias de los tiempos.

PRESENTACIÓN

POR **JUAN CARLOS CORBETTA**

En el año 2002, siendo decano de esta Facultad el Profesor Dr. Roberto Berizzone y a partir de la prueba realizada ante las autoridades de la editorial La Ley, publicamos el N° 35 de la “Nueva Serie” de *Anales* de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Esta publicación fue creada en 1926 y tuvo una proyección discontinuada no exenta de las grandes dificultades propias de los muy diversos y complejos acontecimientos ocurridos en nuestro país durante gran parte del siglo XX, que serían muy largos de enumerar en esta ocasión y que con sus inevitables repercusiones y efectos negativos impidieron la edición de *Anales* con la regularidad que requería.

Sin embargo, y a pesar de estas repercusiones negativas, el espíritu de la revista perduró siempre, fue nuestro vínculo de unión académica abierta y plural gracias a la voluntad y el esfuerzo de todos sus directores y muy especialmente de sus colaboradores, que lograron que se convierta en un símbolo académico de perseverancia, esfuerzos y esperanzas que debían realizarse con plena libertad. Lo puedo afirmar con certeza porque fui cesanteado como docente (ayudante de segunda *ad - honorem*) entre 1976 y 1983 por haber sido designado en esas modestas pero imprescindibles funciones en 1974 en una Cátedra del signo gobernante; hasta mi reingreso por concurso público de oposición en 1984.

La “Nueva Serie” reinauguró con mayor amplitud todas estas expectativas, después de muchos años de discontinuidad, al mismo tiempo que asumía todas las nuevas exigencias establecidas por los organismo internacionales calificadoros de las publicaciones académicas. Fue así que adoptamos como primera etapa el sistema de referato con la modalidad del “doble ciego”, con una paulatina preferencia de contar con árbitros “extra-Facultad” desde el N° 40.

A partir de 2015, nos impusimos —con esfuerzo— la tarea de obtener por parte de Latindex —Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal— la calificación de “Revista Científica”, título que hemos obtenido hace tres números y que debemos mantener sosteniendo nuestra calidad académica, difusión y visibilidad. Asimismo, nos hemos consolidado como tal y cumpliendo con todos los requisitos fuimos incluidos en importantes índices y repositorios nacionales e internacionales tales como: DOAJ, DIALNET, Latin-Rev, Redib; CIT, MIAR, Red Federal de Revistas Jurídicas Universitarias, SEDICI.

En este N° 50, un hito valioso en nuestra trayectoria, publicamos treinta y seis artículos cuyos autores son profesores de nuestras casa de estudio y de las Facultades de Derecho de las Universidades de: Buenos Aires, Austral, Nacional de Córdoba; del Salvador, de la UNNOBA, de la Católica de La Plata, Nacional de La Rioja, Nacional del Centro y del Este; como también de universidades de Italia, España, México y Cuba.

Deseo agradecer muy especialmente la inestimable colaboración de la profesora titular Dra. Silvia Nonna, Secretaria Académica de la Facultad de Derecho (UBA).

Asimismo a la excelente labor del equipo editorial conformado por: Gabriela Ciancio, Carina Pérez y Leila Vendramin de la editorial La Ley, por su permanente dedicación.

Vaya también mi reconocimiento a nuestra editora, la Lic. Luciana Ali, por su permanente y excelente trabajo que posibilitó este N° 50.

A todos Uds. ¡muchas gracias!

Profesor Dr. Juan Carlos Corbetta
Director *Ad - Honorem*

La indemnización expropiatoria

POR **ÁLVARO BAUTISTA FLORES**(*)

Sumario: I. Introducción. La importancia de la indemnización expropiatoria.- II. Naturaleza y requisitos de la indemnización expropiatoria.- III. Rubros incluidos.- IV. Rubros excluidos. La veda al reconocimiento del lucro cesante. Cuestiones acerca de su constitucionalidad.- V. Determinación administrativa y judicial de la indemnización.- VI. Los intereses en la indemnización expropiatoria. Aspectos impositivos. Indexación.- VII. Palabras finales.- VIII. Bibliografía.

Resumen: el tratamiento de la indemnización expropiatoria se erige como uno de los principales aspectos a considerar cuando se analiza la expropiación, debido a que, ante el ejercicio de una competencia inalienable que detenta el Estado —ejercida por conducto del órgano Legislativo correspondiente— aquella representa la principal garantía para tutelar el derecho de propiedad de los habitantes, el cual se ve sacrificado en aras del logro del bien común. Por tal motivo, su alcance y extensión aparecen como elementos trascendentales para examinar la legitimidad de las potestades expropiatorias estatales.

Palabras claves: derecho constitucional - derecho administrativo - derecho procesal

Expropriation compensation

Abstract: *the treatment of expropriation compensation stands as one of the main aspects to consider when analyzing expropriation, because, in the face of the exercise of inalienable competence held by the State - exercised through the corresponding Legislative body - that represents erects as the main guarantee to protect the property*

(*) Prof. Adscripto a la Cátedra 2 de Derecho Administrativo II, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata (UNLP).

rights of the inhabitants, which is sacrificed for the sake of achieving the common good. For this reason, its scope and extension appear as transcendental elements to examine the legitimacy of state expropriation powers.

Keywords: *constitutional right - administrative law - procedural law*

I. Introducción. La importancia de la indemnización expropiatoria

La expropiación por causa de utilidad pública se erige como uno de los temas troncales del derecho público. Su correcta utilización ha convertido a este instituto en una herramienta indispensable para promover el bienestar general. No obstante ello, la expropiación como tal, implica el aniquilamiento de uno de los derechos insignias bajo las cuales se cimentó el Estado de Derecho como lo representa el derecho a la propiedad.

En este contexto, como bien lo señalaba el maestro Marienhoff, la expropiación representa un medio ético-jurídico mediante el cual hallan armonía el interés público y el interés privado ante los requerimientos del primero (Marienhoff, 1998), respetando —en todos los casos— los principios elementales de la personalidad humana que representa la finalidad culmine de todo Estado Constitucional de Derecho.

Así las cosas, la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJN) destacó que en toda expropiación válida el propósito fundamental que persigue el Estado es el de satisfacer intereses públicos superiores, cuya consolidación exige el sacrificio del dominio particular o privado (Fallos 339: 468). Complementando este aspecto, también en forma constante sostuvo que su fundamento radica en la necesidad de conciliar los intereses públicos con los privados (CSJN, Fallos 268: 112; 326: 2329).

Es en este contexto donde cobra relevancia el tratamiento de la indemnización expropiatoria, debido a que, ante el ejercicio de una competencia inalienable que detenta el Estado —ejercida por conducto del órgano Legislativo correspondiente— aquella representa la garantía para tutelar el derecho de propiedad de los habitantes, el cual se ve sacrificado en aras del logro del bien común.

En el sistema de gobierno monárquico absoluto —es decir en el “*Ancien Régime*” que precedió al constitucionalismo moderno— la expropiación por utilidad pública no tenía un procedimiento especial, ya que para ello eran suficientes las “letras patentes” del rey que las mandaba a ejecutar; y si bien se debía pagar al propietario desposeído una indemnización, se lo hacía irregularmente y con retardos considerables.

La regularidad de la expropiación quedaba librada a la conciencia moral del rey. Cabe mencionar que hasta inclusive los autores de la época que brindaban

sustento filosófico al absolutismo monárquico (Hobbes o Bodin, por ejemplo) avizoraban un cierto límite con relación a la propiedad de sus súbditos.

Esta facultad discrecional, que originaba abusos, fue uno de los problemas que preocuparon a las asambleas constituyentes de la revolución francesa. La condición de “súbdito” e, inclusive, el otorgamiento de privilegios a ciertos estamentos de la sociedad no garantizaba la protección de sus bienes. Bajo este contexto, la apropiación patrimonial realizada —en muchos casos— quedaba asimilada a una confiscación, la cual importa una transferencia dominial sin ningún tipo de contraprestación y de manera compulsiva.

El advenimiento del Estado de Derecho, bajo sus ideales liberales, importó un profundo avance en la tutela de la propiedad, que canaliza mediante la satisfacción oportuna de la indemnización cuando el Estado decide hacer uso de la expropiación. Es aquí donde se advierte su importancia, puesto a que una expropiación sin indemnización no es otra cosa que una confiscación, de ahí su antijuridicidad (Marienhoff, 1957). La misma situación se verifica cuando aquella resulta insuficiente o inadecuada.

Vale recordar que se ha justificado a la propiedad como objeto y fin de trabajo del hombre, y como atributo de su personalidad. Ella es anterior a la propia Constitución, coexistente con la sociedad, y, por lo tanto, aquella no hace más que reconocerla, y como el individuo mismo, rodearla de las más firmes garantías (González, 1915).

En el escenario descripto es donde corresponde situarse para tratar el tema en que esta ocasión nos convoca. A raíz de ello, intentaremos poner de manifiesto sus principales aspectos y las cuestiones que han despertado mayores controversias, tanto a nivel doctrinario como en la copiosa jurisprudencia que se registra en la temática. Asimismo, se citarán las disposiciones normativas vigentes, principalmente, del régimen nacional y de la provincia de Buenos Aires.

II. Naturaleza y requisitos de la indemnización expropiatoria

La indemnización importa una compensación económica debida por el sacrificio impuesto al expropiado en aras a la utilidad pública (Maiorano, 1978). Representa el resarcimiento de todo lo necesario para que el patrimonio del expropiado quede en la situación que tenía antes (Marienhoff, 1998).

De acuerdo con esta conceptualización se desprenden ciertos rasgos que permiten perfilar su naturaleza, la cual podrá explicar —en alguna medida— los conceptos que se hallan incluidos y excluidos al momento de su conmensuración.

En primer lugar, superando algunas imprecisiones que provenían del derecho privado (como, por ejemplo, las previsiones del derogado artículo 1324 inciso 1 del Código Civil) la indemnización expropiatoria no puede asimilarse al concepto de “precio”, ni siquiera —inclusive— cuando su fijación sea realizada a través del procedimiento de avenimiento. Esta cuestión se explica debido a que, el Estado —en el ejercicio de sus funciones— es quien impone unilateralmente la suma en este concepto, bajo los parámetros establecidos en las respectivas leyes expropiatorias. Esta circunstancia no impide, desde luego, que los sujetos expropiados hagan valer sus derechos al momento de su determinación. Asimismo, las derivaciones del verbo “indemnizar” son las que se consagran en los diversos textos constitucionales (ej.: artículo 17 de la Constitución Nacional; artículo 31 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires). La jurisprudencia precisó que “(...) El expropiado no inviste el derecho a la reposición de un bien igual o equivalente al que pierde, pues la suma que paga el expropiador no tiene el carácter de precio y sólo debe satisfacer el resarcimiento por la pérdida del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la expropiación” (Fallos 241: 73).

En conexidad con lo explicado, más allá de que en la actualidad resulte una obviedad, la naturaleza de la indemnización expropiatoria se encuentra regida exclusivamente por disposiciones de derecho público. Al respecto, debemos mencionar que en la expropiación originariamente la competencia jurisdiccional (como ocurre en Francia, donde estas cuestiones son decididas por la justicia ordinaria) y hasta regulatoria estuvo signada por disposiciones de derecho privado.

Esto permitía explicar, por ejemplo, las previsiones que establecía el derogado Código Civil. Luego, con el desarrollo de la ciencia del derecho administrativo, Otto Mayer (1982) se refirió a la existencia de dos etapas o momentos en el marco del juicio expropiatorio (Oyhanarte, 1957), lo cual suponía que la expropiación representaba una institución de carácter mixto. A raíz de esta tesis, durante un período prolongado se consideró que la discusión y determinación de la indemnización tenía naturaleza de carácter privado. En nuestro país esta tesis tuvo importantes consecuencias prácticas, atento a que los procesos expropiatorios enderezados a discutir los términos de la indemnización quedaron englobados dentro de los alcances del concepto de “causa civil”. Esto permite comprender importante cantidad de sentencias que registró la CSJN en estas cuestiones, en las cuales —en muchos supuestos— el máximo tribunal emitía sus sentencias aplicando las legislaciones locales.

Esta postura comenzó tibiamente a ponerse en crisis (Ej.: en Fallos 212: 600 ya se mencionó que la naturaleza del juicio expropiatoria era definitivamente de derecho público), y a partir del año 1957 fue dejada de lado por la jurisprudencia de la CSJN. En Fallos 238: 335 categóricamente se estableció que: “(...) La expropiación, como institución de derecho público, está regida por principios propios y no por los de la compraventa, figura jurídica exclusiva del derecho privado (...)”

la expropiación es un acto unilateral, acto de poder de la autoridad expropiante, por el cual ésta adquiere la propiedad del bien declarado de utilidad pública sin el concurso de la voluntad del expropiado y sin otro presupuesto legal que el pago de la indemnización debida por el desapropio. Esta indemnización sólo comprende el valor objetivo del bien y los daños y perjuicios que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación”.

A partir de estas condiciones, pueden comenzar a perfilarse las características y recaudos de la indemnización expropiatoria. Si nos guiáramos exclusivamente por la mayoría de los textos constitucionales (*v.gr.* nación y provincia de Buenos Aires), el único recaudo que se establece es la necesidad de que la indemnización sea “previa”. Sin embargo, como veremos seguidamente, son inherentes a su naturaleza otras características de sumo valor para comprender el modo en que es conmensurada la indemnización.

Sobre este punto, no existe controversia alguna en considerar que la indemnización expropiatoria deberá ser “justa”, e inclusive, es el criterio vigente en la jurisprudencia de la CSJN (Conf. Fallos 326: 2329). Al respecto, cabe señalar que dicho recaudo fluye implícito de la Constitución, atento a que los constituyentes, al utilizar la palabra indemnización sin limitarla en su contenido, asentaron un concepto amplio que envuelve a todos los perjuicios y daños, dando a la contraprestación del expropiante una calidad verdaderamente justa (Villegas, 1973).

El carácter examinado trae aparejadas las siguientes consecuencias. En este sentido, la Corte ha sido categórica al entender que “(...) El principio de “justa” indemnización, basado en la garantía de la propiedad (artículo 17 de la Constitución Nacional) exige que se restituya íntegramente al propietario el mismo valor de que se lo priva, ofreciéndole el equivalente económico que le permita, de ser posible, adquirir otro bien de similares características” (Fallos 326: 2329; 317: 377). Asimismo, un temperamento similar fue también sostenido en Fallos 305: 407; 305: 1897; 302: 1406; 300: 762; 298: 463; 298: 550; 296: 546; 296: 55; 281: 354; 268: 112. Por ello, la indemnización no podrá erigirse como una fuente de pérdidas o de ganancia para el expropiado (Fallos 305: 1897).

La representación del concepto de “justa indemnización” aparecería regulado mediante la locución “valor objetivo”, la cual será abordada en el próximo punto.

Como no puede ser de otra forma, el artículo 28 de la Constitución Nacional constituye otro factor para tener en consideración para determinar la justicia de la indemnización. Si aquello no ocurre, estaremos en presencia de un accionar irrazonable, lo cual es vedado por el propio texto constitucional.

Continuando con el abordaje de esta característica, en la actualidad se presenta un aspecto singular que merece su tratamiento. La jerarquía supralegal o

constitucional de ciertos tratados internacionales (conf. artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) podría brindar nuevos fundamentos a la hora de reforzar el concepto de indemnización “justa”. De hecho, el derecho de propiedad ha sido alcanzado y protegido por los diversos instrumentos (conf. artículo XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos —CADH—).

Respecto de este último Tratado, el cual posee una amplia aplicación en nuestra jurisprudencia en virtud de la propagación del control de convencionalidad, se genera una situación especial. Así las cosas, el artículo 75 inc. 22 antes citado expresa que la jerarquía que le otorga la Constitución a los Tratados es en “las condiciones de su vigencia”. En este entendimiento, la ley N° 23.054 —por la cual ingresa al ordenamiento nacional la CADH— contempló la reserva realizada en su momento por la República Argentina, por la cual no quedarán sujetas a revisión de un tribunal internacional cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno, ni tampoco se considerará revisable lo que los tribunales nacionales determinen como causas de utilidad pública e interés social, ni lo que estos entiendan por indemnización *justa* (PTN, Dictámenes 238: 87). Por tal motivo, a priori, no podría invocarse a la Convención y a su jurisprudencia para fundamentar el punto bajo análisis, o, por ejemplo, para cuestionar los rubros excluidos de reconocimiento en la indemnización.

La condición de justa permite caracterizar a la indemnización expropiatoria como una “deuda de valor”. En este sentido, como bien lo puntualizó Marienhoff (1998), no representa una deuda de cantidad o pecuniaria. Conteste a ello, la doctrina judicial ha sostenido que “(...) la indemnización otorgada al expropiado constituye en los términos como lo han legislado los artículos 17 de la Constitución Nacional, 10 de la ley 21.499 y 2511 del Código Civil una de las denominadas deudas de valor, en las que el dinero representa solamente la medida del objeto de la prestación, el cual consiste en una determinada utilidad que el deudor debe procurar al acreedor (...)” (Fallos 307: 2006). En un sentido análogo, posteriormente se expresó que “(...) la indemnización en materia expropiatoria debe entenderse como el resarcimiento de todo lo necesario para que el patrimonio del expropiado quede en la situación que tenía antes de la expropiación, la que traduce un cambio de valores: el expropiado deja de ser propietario de la cosa o bien objeto de la expropiación y se convierte en titular de una suma de dinero” (Fallos 329: 5467; 337: 70).

Este precepto, el cual se encuentra íntimamente relacionado con el “valor objetivo”, permite tener en consideración la cuantía del bien a expropiar. En efecto, al ser una deuda de valor, su carácter se mantendrá hasta que se realice el pago total de la indemnización, lo cual permite una determinación ulterior acerca de su monto. Es aquí donde radica el fundamento por el cual se abona el monto “actual” de los bienes que resultan ser abarcados por la expropiación.

A raíz de ello, en su momento, le confirió basamento a la posibilidad de prever mecanismos indexatorios, como, por ejemplo, se establecen en el artículo 20 del decreto-ley N° 21.499.

Los aspectos a incluirse en concepto de indemnización deberán ser sufragados en dinero en efectivo, salvo conformidad del expropiado (artículo 12 decreto-ley 21499; artículo 8 ley 5708; Fallos 271: 402). Si bien se trata de una deuda de valor, al no ser posible reponer un estado de cosas, no cabe sino la indemnización en dinero (Casas y Romero Villanueva, 2014). Con sustento en este requisito, se ha descartado la aplicación del régimen de consolidación de deudas en materia de expropiaciones, declarando —inclusive— la inconstitucionalidad de las normas que establecían dicha posibilidad (Fallos 318: 445).

El único recaudo de raigambre constitucional expreso es el atinente a que la indemnización deberá ser “previa”. Esta condición se explica o entiende en función del contexto histórico que rodeó al nacimiento de la figura de la expropiación, debido a que, en los casos de ejercitarse dicha atribución, el modo en el cual los habitantes veían —en cierto modo— garantizado su derecho de propiedad, quedaba extinguido por la utilización de dicha herramienta.

El carácter “previo” indica que el monto que compone la indemnización deberá ser integrado con antelación a que opere la transferencia efectiva del bien o los bienes expropiados. Por imperio de esta calidad, salvo escenarios de emergencia o urgencia, al instarse cualquier expropiación deberán contarse con los fondos necesarios para afrontar los costos de la indemnización. En efecto, una antigua jurisprudencia de la CSJN ya disponía que “(...) el Congreso debe, al ordenar la expropiación de bienes, determinar los recursos con los cuales deberá pagarse la indemnización respectiva” (Fallos 186: 151).

Sin embargo, este requisito —en la práctica— pareciera encontrarse relativizado. En este sentido, teniendo en consideración los motivos que subyacen en la declaración de la utilidad pública, la transferencia del bien expropiado puede tener lugar con antelación a la fijación definitiva de la indemnización. De hecho, la conmensuración de los rubros puede transitar por diversas instancias judiciales, lo cual —como se sabe— insume un tiempo considerable en nuestro país.

En consecuencia, desde antaño, se ha postulado una interpretación amplia del alcance de la indemnización previa (Bielsa y Luqui, 2017). De esta manera, no sorprende la postura de la CSJN, al considerar que

(...) si bien el artículo 17 de la Constitución consigna en términos absolutos que la indemnización debe ser previa, el Congreso puede, consultando la razón y propósitos de ese precepto, conciliarlo con las

exigencias de progreso y bienestar público, emergente de la propia ley fundamental (artículos 14 y 28 Constitución Nacional). (...) La doctrina y la legislación han decidido, en cuanto al requisito de la indemnización previa, que no es posible sujetarlo a la interpretación rigurosa y literal (Fallos 108: 240).

Por tal circunstancia, fundamentalmente teniendo en consideración las necesidades de los sujetos expropiantes, el precepto de la indemnización previa queda provisoriamente satisfecho mediante la consignación judicial del monto establecido (conf. artículos 22 y 25 del decreto-ley N° 21.499) vía administrativa. Esta situación también suele darse, por ejemplo, en los supuestos en los cuales se ignoren los propietarios o los mismos no puedan ser fehacientemente notificados.

En estos casos, cuando es promovida la demanda de expropiación directa se solicitará al juez interviniente la apertura de la cuenta bancaria correspondiente, para depositar la suma a consignar. Cabe aclarar que el sujeto expropiado, sin la necesidad de consentir aquella suma, podrá retirar y tomar a cuenta de lo que al final se estipule (conf. artículo 23 del decreto-ley N° 21.499).

Finalmente, en función de la intensidad que posee la expropiación —por presentar un supuesto de extinción del derecho real de dominio— el criterio hermenéutico rector en materia indemnizatoria postula que la misma —en caso de duda— debe estar a favor del expropiado. Así lo explica la jurisprudencia añeja de la Corte, cuando consagra que “(...) toda expropiación, a la vez que sea necesaria para el bien público, es odiosa. Tanto en materia de avalúos como de perjuicios en las cosas expropiadas, en caso de duda debe siempre estarse en favor del expropiado” (Fallos 15: 254). En sintonía con este criterio, también se sostuvo en Fallos 195: 187 en donde se expresó que, para no lesionar el patrimonio del propietario, en caso de duda, la indemnización debe ser examinada a favor del expropiado.

III. Rubros incluidos

La determinación de la indemnización expropiatoria, a fin de satisfacer los postulados que analizamos anteriormente, se construye en torno a la idea del denominado “valor objetivo del bien” (conf. artículo 10 del decreto-ley) o el “justo valor de la cosa o bien” (artículo 8 ley 5708). A este tópico, se les añadirán los daños y perjuicios directos que genere la indemnización y a los intereses.

Para algunos, en sintonía con las exclusiones que ya se verán, este postulado reposa en la noción de la justicia distributiva que es la que rige en materia expropiatoria (González Arzac, 1975). Asimismo, lo “objetivo” se asocia con un valor intersubjetivo, comunitario o social de un bien (Linares, 1997).

Según la opinión de la Corte, el valor objetivo es lo que la cosa realmente vale para la generalidad en el mercado de los bienes de esa especie, correspondiente al lugar expropiado y al tiempo de la desposesión (Fallos 217: 804). Con mayor precisión, en otro precedente, sentó que el valor objetivo debe ser entendido como el valor a plaza y al contado, ajustado a las cualidades intrínsecas de la cosa, teniendo en consideración las circunstancias de lugar y tiempo (Fallos 237: 38).

En este contexto, comienza a avizorarse lo que constituye uno de los aspectos más controvertidos de la indemnización expropiatoria. La doctrina autoral postula que otra de las condiciones de la indemnización es que la misma sea “integral” (Marienhoff, 1998) (Bielsa y Luqui, 2017) (Maiorano, 1978). Sin embargo, por las limitaciones que se prevén en los distintos ordenamientos legales, esta integralidad dista de asimilarse al criterio de reparación plena, propio —por ejemplo— de los supuestos de responsabilidad estatal ilícita. Aunque, de todas maneras, fruto de su naturaleza estrictamente pública, el valor objetivo no se asimila estrictamente a la idea civilista del daño emergente (Cassagne, 2002).

Bajo estos términos, debe entenderse por indemnización integral —en materia expropiatoria— a la que se ajusta a las previsiones legales (Fallos 241: 73). Por añadidura, la expropiación no ha de ser fuente de pérdidas, pero tampoco de ganancias para el expropiado y que la indemnización ha de atender a las concretas circunstancias del caso y no a situaciones hipotéticas o eventuales (Fallos 305: 1897).

En suma, la indemnización por expropiación debe ser siempre equitativa (Fallos 7: 51; 32: 358; 181: 250).

La normativa vigente y la casuística nos indican que los conceptos que conforman la indemnización expropiatoria son los siguientes:

- a) Los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la expropiación (artículo 10 decreto-ley 21.499): estos perjuicios deberán ser analizados a la luz de las reglas en materia de responsabilidad, fundamentalmente, en función de las cuestiones de hecho que sirvan de sustento al caso y al nexo de causalidad que se invoque.
- b) Los gastos de mudanza (Fallos 204: 205).
- c) Las indemnizaciones abonadas por el despido de empleados (Fallos 258: 213; 270: 210).
- d) La pérdida de la aptitud funcional de la actividad realizada en el inmueble (Fallos 311: 548; en este caso la expropiación efectuada había producido una restricción en la práctica de la actividad de tiro que efectuada el expropiado).

- e) Las mejoras necesarias o impostergables con posterioridad a la afectación del bien a utilidad pública (artículo 11 decreto-ley 21499; artículo 13 ley 5708; Fallos 240: 219; 221: 519).
- f) El traslado de hacienda y bienes (Fallos 301: 1205).
- g) La interrupción de contratos.
- h) Gastos en honorarios profesionales (Fallos 239: 123), comisión de martillos; gastos de escrituración.
- i) El valor panorámico e histórico, en cuanto sean debidamente comprobados, también podrán integrar el valor objetivo del bien a expropiar (artículo 8 *in fine*, ley 5708). El régimen nacional guarda silencio, pero, al derogarse la prohibición respecto a esta cuestión que se traía de la legislación anterior —13264— se considera que dicho rubro se encuentra incluido.

Es interesante resaltar las particularidades que se han planteado al momento de determinar el quantum indemnizatorio en las expropiaciones de empresas concesionarias de servicios públicos (Oyhanarte, 1957).

En tal sentido, vale recordar que el artículo 40 de la derogada Constitución de 1949 había establecido una fórmula específica para estos supuestos, la cual había sido iterada en el artículo 16 de la ley 5708 (posteriormente declarado inaplicable por la jurisprudencia de la SCBA, Ac. y Sen. T. II 1961). Sucintamente, podemos destacar que en estos casos la indemnización se extenderá al valor de los bienes afectados al servicio (Fallos 141: 190; 201:432; 204: 626), y al lapso que falte para la culminación del contrato de concesión, que representa el resarcimiento del valor del contrato original. Dicho criterio fue reconocido por la jurisprudencia de la CSJN en Fallos 230: 280; 254: 441.

Otro punto álgido en esta cuestión, ha sido si correspondía el reconocimiento del costo histórico u original, o más bien, el costo de reproducción. Mediante este rubro se permite compensar el valor no amortizado de la inversión realizada. Vale mencionar que este aspecto no ha sido desconocido en nuestro país, atento a que, este criterio fue oportunamente sentado en Fallos 212: 2; 176: 363; 224: 706. Entendemos que, en caso de adoptarse el criterio relativo al “costo histórico” —el cual únicamente englobaría al esfuerzo patrimonial inicial— conduciría a situaciones injustas, lo cual se traduciría en una indemnización irrazonable.

Finalmente, debe señalarse que a nivel internacional (*v.gr.*: los casos sometidos a la jurisdicción del CIADI en cuestiones de inversiones extranjeras), el criterio aplicado en estos casos —generalmente a partir de nacionalizaciones— se

establece en función a la utilidad actual que represente el servicio, compensando el valor producido —neto de descuentos— con el precio abonado por la concesión (Aguilar Valdez, 2006) (Ymaz Videla, 1999).

Una cuestión aún controvertida en esta materia es la atinente al reconocimiento de los rubros “valor llave” y “empresa en marcha”.

El “valor llave” se emparenta con la realidad económica vinculada a la capacidad y seguridad productiva del negocio, lo cual puede traducirse en la posibilidad futura de rendimiento en mérito a la clientela, a la firma reconocida, a la fama, al crédito, a las marcas de la fábrica, etcétera.

La regla general en la jurisprudencia de la Corte indica que este rubro no ha sido reconocido (conf. Fallos 225: 451; 254: 441; 300: 299; 303: 692; 303: 1011; 312: 1725; 319: 2108). No obstante ello, corresponde indicar que en forma aislada, dicho rubro ha encontrado reconocimiento (Fallos 245: 252; 312: 2444).

Sin embargo, pareciera advertirse un sutil cambio en la posición de la CSJN. Entendemos que esto es así debido a que, pareciera haber dejado de lado el criterio absolutamente restrictivo en la materia. En este punto, en la sentencia recaída en Fallos 316: 1756 se entendió que “(...) no corresponde admitir el resarcimiento del valor llave en materia de expropiación”. Posteriormente, la Corte indicó que “(...) salvo supuestos excepcionales, no corresponde reconocer el valor llave en materia expropiatoria” (Fallos 319: 2108), con lo cual —más allá de su carácter excepcional— cabría la posibilidad de admitir este rubro.

Una suerte similar pareciera correr el valor “empresa en marcha”, el cual se asimila al resultado de los negocios hasta el momento donde tiene lugar la expropiación. Aquí las soluciones han sido más dispares en cuanto a su reconocimiento. Por ejemplo, en la sentencia registrada en Fallos 176: 363 —a fin de dar sustento a la viabilidad de este rubro— la Corte expresó que un bien vale, principalmente, por lo que produce o es capaz de producir en épocas normales (Bidart Campos, 2008). Es decir, si la utilidad pública declarada tuvo en consideración el rendimiento —por ejemplo— de una empresa o emprendimiento a expropiar no existiría para dar cauce a su procedencia (Fallos 208: 143; 209: 333).

De acuerdo con ello, debe destacarse que en el precedente registrado en Fallos 300: 299 el máximo tribunal descartó la chance de su reconocimiento debido a que la empresa expropiada no había aportado ninguna prueba y que aquella —por su estado financiero— contaba con pocas posibilidades de mantener su actividad en el tiempo. Asimismo, en Fallos 312: 1725 tampoco se hizo lugar a esta pretensión, atento a que la precaria coyuntura de la empresa conspiraba con las posibilidades de sostener su giro económico. En resumen, como bien lo ha planteado Perrino

(2009), en los fallos mencionados se desestimó la reparación del ítem empresa en marcha debido a las pocas posibilidades de las empresas expropiadas de continuar con el desarrollo de su actividad empresarial.

Por tal motivo, este rubro usualmente no ha sido reconocido cuando se ha procedido a expropiar empresas concursadas o en procesos de quiebra.

IV. Rubros excluidos. La veda al reconocimiento del lucro cesante. Cuestiones acerca de su constitucionalidad

El fundamento que posee la utilización de la figura de la expropiación, por hallarse en juego el bien común, acarrea la necesidad de un esfuerzo compartido entre la sociedad (quien contribuye al sostenimiento económico del Estado) con el particular que realiza el sacrificio especial, consistente en la extinción de su derecho real de dominio.

Estas ideas son las que cuajan al momento de establecer limitaciones en cuanto al reconocimiento de ciertos rubros en la indemnización expropiatoria. La penetración de los postulados de la justicia distributiva, la noción que veda el enriquecimiento injustificado (tanto del Estado como del particular) ha llevado, desde antaño, a prever exclusiones específicas cuando se conmensura una indemnización a causa de una expropiación.

Por tal motivo, la indemnización expropiatoria asume el carácter de tarifada, conforme a los rubros que se encuentran vedados para su determinación.

De conformidad a lo expuesto, la normativa ha establecido los siguientes valores excluidos:

- a) No se considerarán para su cómputo las circunstancias de carácter personal (artículo 10 del decreto-ley N° 21.499).
- b) No se considerarán valores afectivos (artículo 10 del decreto-ley N° 21.499; guarda silencio en este punto la ley provincial 5708).
- c) No se reconocen las ganancias hipotéticas (artículo 10 del decreto-ley N° 21.499). Estas son aquellas que revisten la calidad de eventuales, cuya realización es de carácter incierto. Al respecto, la jurisprudencia ha entendido que "(...) los gastos de publicidad por la puesta en marcha de un casino, que se efectúan para procurar ganancias futuras o hipotéticas, no pueden ser considerados como daños que sean consecuencia directa e inmediata de la expropiación" (conf. Fallos 281: 360). También se incluyen dentro de esta prohibición a los intereses de la deuda hipotecaria, por el

saldo del precio contraída por el dueño del bien expropiado y a la explotación futura de una cantera de granulado pómez por la expropiada (Fallos 217: 804). Asimismo, quedó englobado dentro del concepto “ganancias hipotéticas” a la posibilidad de realizar la subdivisión de un block de más de cien hectáreas (Fallos 211: 1641).

- d) El mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse (artículo 10 decreto-ley 21.499; artículos 9 y 11 ley 5708), tampoco deberá quedar incluido en la indemnización (Fallos 159: 351).
- e) Tampoco serán consideradas las mejoras realizadas en el bien —a excepción de las necesarias— (artículo 11 decreto-ley 21.499; artículo 13 ley 5708).
- f) Los contratos celebrados con posterioridad a la declaración de utilidad pública (Fallos 217:804) no podrán computarse a los efectos de la indemnización.

El lucro cesante entendido como aquellas ventajas económicas esperadas de acuerdo con probabilidades objetivas estrictamente comprobadas (Fallos 306: 1409; 316: 1025). Este rubro conforma los parámetros de las indemnizaciones plenas o integrales, siempre y cuando —claro está— resulte debidamente acreditado por quienes lo invocan.

Pareciera que la propia esencia que posee la indemnización expropiatoria, en razón de las finalidades que persigue la figura de la expropiación haría razonable esta limitación. Este es el criterio sostenido, por ejemplo, por el profesor Marienhoff (1998).

Así las cosas, desde sus orígenes, los diversos regímenes expropiatorios han consagrado la veda al reconocimiento del lucro cesante (artículo 10 *in fine* decreto-ley 21499; artículo 8 ley 5708). Como ya se sostenía en el derecho alemán, existe una “convicción jurídica general” limitatoria de la indemnización (Forsthoff, 1957).

Quizá por esta concepción tan arraigada, los regímenes expropiatorios —en lo que concierne a este punto— siempre superaron el test de constitucionalidad. Esto fue establecido, por ejemplo, en las sentencias registradas en Fallos 217: 617; 312: 2224; 317: 617.

Ahora bien, no obstante los fundamentos que se registran para sustentar la prohibición del lucro cesante (principios de justicia distributiva, intereses generales, sacrificio especial, etcétera), corresponde mencionar —a nuestro juicio— que

dicha veda podría conllevar a situaciones injustas o razonables. Es por ello que los problemas que podrían darse con la imposibilidad de reconocer el lucro cesante o las ganancias hipotéticas pueden ser sorteados con una interpretación razonable del concepto de “valor objetivo”. Sin perjuicio de las vicisitudes anteriormente descriptas, los derechos emergentes de los contratos en curso (hasta su finalización), el valor llave o el valor empresa en marcha podrán ser incluidos en este concepto, sin que resulten englobados en la veda al lucro cesante.

Lo expuesto no implica un reconocimiento automático de los rubros que puedan conformar el valor objetivo, atento a que estas cuestiones estarán sometidas a estrictas exigencias probatorias.

V. Determinación administrativa y judicial de la indemnización

La determinación de la indemnización en el ámbito nacional está sujeta a la intervención obligatoria del Tribunal Nacional de Tasaciones de la Nación, conforme se desprende de los artículos 13 y 15 decreto-ley 21.499.

En el seno de sus atribuciones legales, establecidas en el decreto-ley N° 21.626, el Tribunal de Tasaciones ha emitido diversas normas que otorgan pautas concretas para la conmensuración de los diversos rubros que compondrán la indemnización expropiatoria.

A mayor abundamiento, las normas más relevantes son las siguientes:

Norma TTN 1.6 Principios y Conceptos de Valor - 17 de noviembre de 2014;

Norma TTN 2.3 Definiciones Técnicas y Legales - 6 de marzo de 2018;

Norma TTN 3.1 Método Comparativo - 3 de mayo de 2005;

Norma TTN 4.1 Método del Costo - 3 de mayo de 2005;

Norma TTN 7.1 Tasación de Expropiación - 3 de mayo de 2005;

Norma TTN 10.3 Requisitos de Informe de Tasación - 2 de febrero de 2015;

Norma TTN 11.4 Valuación de Bienes Muebles - 7 de octubre de 2013;

Norma TTN 18.3 Valuaciones Rurales - 7 de agosto de 2014;

Norma TTN 19.1 Valuaciones de Instalaciones - 7 de agosto de 2014;

Norma TTN 20.1 Valuaciones de Empresas - 7 de agosto de 2014.

Cabe recordar que la intervención del Tribunal (en la esfera nacional) es de carácter ineludible, cuya ausencia —a todo evento— conduciría a la nulidad de todo lo actuado, sea en sede judicial como administrativa.

Asimismo, la trascendencia de su labor —en aras de desentrañar el valor objetivo de la indemnización— se refleja en el valor que detentan sus dictámenes. En consecuencia, la reiterada jurisprudencia de la Corte ha destacado que los jueces —por regla— deben apartarse de ellos sin razones de grave entidad que lo justifiquen (Fallos 301: 1205 312: 2444; 321: 3701; 323:847; 325: 3292; 326: 2451; 328: 3887 y 329: 5793).

La legislación bonaerense con respecto a bienes inmuebles, regula los extremos a tener en consideración para establecer la indemnización en el artículo 12 de la ley 5708.

Esta norma establece los siguientes parámetros: precio que se abonó en la última transferencia del dominio; valuación asignada para el pago de la contribución directa; diligencias del último avalúo practicado por la Dirección de Catastro; las ofertas fundadas hechas por el expropiante y el expropiado; valor de las propiedades linderas similares en cuanto a situación, superficies y precios abonados en el transcurso de los últimos cinco años; valores registrados en los bancos oficiales de la localidad; valores registrados en las subastas judiciales y particulares por martillero público, en la zona de ubicación del bien; al valor de su productividad durante los últimos cinco años.

En suma, los rubros mencionados se orientan a la determinación del valor real y venal del bien.

Sin perjuicio de lo manifestado, en el ámbito bonaerense (lo cual también se replica a nivel municipal) no se establece cual es el órgano que en sede administrativa efectúa la determinación de la expropiación. La práctica indica que esta labor usualmente es realizada mediante las tasaciones que realiza el Banco de la provincia de Buenos Aires.

VI. Los intereses en la indemnización expropiatoria. Aspectos impositivos. Indexación

A los fines de garantizar los valores “actuales” de la indemnización, y evitar que la misma devenga irrazonable o confiscatoria, el monto de la indemnización —siempre que aquella no haya sido definida en sede administrativa— deberá ser determinado al momento de dictar la sentencia en el juicio expropiatorio. De no ocurrir ello, difícilmente pueda hablarse de una indemnización equitativa o justa,

y a su vez —sin duda alguna— se verificaría un enriquecimiento sin causa para el Estado.

Como bien lo señalaba Bielsa (Bielsa y Luqui, 2017), el expropiado que recibe una cantidad nominal y realmente inferior al valor de la cosa expropiada ha sido confiscado, en lo que respecta a la justa indemnización.

La reflexión realizada permite hoy en día interpretar el criterio que se incorpora en los diversos regímenes expropiatorios. En este sentido, guardando relación con el principio de la “previa” indemnización, esta deberá ser establecida —como principio— al momento de la desposesión. Esto se corrobora en el artículo 20 primer párrafo del decreto-ley N° 21499 y en los artículos 8, 12 y 35 de la ley provincial N° 5708 (SCBA, causa C. 95.063).

Sin embargo, esta regla de origen legal, ha sido atemperada por la jurisprudencia, a los efectos de no vulnerar el principio de indemnización justa que podría verse vulnerado por la pérdida de valor del bien producto —por ejemplo— del flagelo de la inflación. En tal contexto, por ejemplo, la SCBA consideró que, según los casos, la conmensuración de la indemnización al momento de dictar sentencia (causas C. 99.285; C.101.107; C. 100.908).

Como bien se adelanta en el subtítulo, otro recaudo que se toma en consideración para asegurar la integridad de la indemnización es el devengamiento de intereses. Conteste a ello, el período estipulado para fijar la indemnización también adquiere relevancia a los efectos de establecer desde cuando se contabilizan los intereses. Al respecto, la legislación vigente (artículo 20 párrafo segundo decreto-ley 21499; artículo 8 ley provincial 5708) estipula que los mismos se computarán desde la desposesión, y que, a dichos efectos, aquellos se devengarán únicamente con respecto a las sumas que oportunamente no hayan sido depositadas (es decir, no se tiene en cuenta el monto consignado previo a la desposesión).

Cabe decir que esta regla, en casos de expropiación inversa, sufre una importante variación debido a que los mismos deberán computarse desde el día en el que fue incoada la demanda (Fallos 337: 70).

Con respecto a la tasa de interés aplicable, la ley nacional refiere a que se liquidará a una tasa del 6 % anual. Por vía pretoriana se estipuló que, en estos supuestos, deviene de aplicación la tasa pasiva que abona el Banco de la Nación Argentina (Fallos 317: 1921; 326: 2329; 328: 4507 y 329: 1703).

Sin perjuicio de que el texto normativo incluye la posibilidad de indexar para combatir la depreciación monetaria (artículo 21 segundo párrafo decreto-ley 21.499; Fallos 268: 112), posteriormente, con la aparición de la ley 23928 (cuyos

alcances fueron confirmados por la ley 25.561) se ha vedado actualmente esta posibilidad. Asimismo, la jurisprudencia ha convalidado la inaplicabilidad de la depreciación monetaria, con sustento en las normas señaladas, en materia de expropiación (Fallos 334:509; SCBA C. 99.152).

Como manifestación de la integralidad de la indemnización, el monto fijado en sede administrativa o judicial estará exento del pago de impuestos (artículo 21 último párrafo decreto-ley 21499; decreto-ley 21.878; decreto-ley 9313 provincia de Buenos Aires).

Sin embargo, las deudas tributarias del expropiado con el sujeto expropiante pueden ser compensadas, lo cual conduce a que —por añadidura— el Estado pueda detraer las sumas correspondientes que fueran debidas de la indemnización. Corresponde agregar que, el devengamiento de las obligaciones tributarias, finaliza desde el momento de la desposesión (SCBA C.101.097).

VII. Palabras finales

A lo largo de estas breves líneas hemos intentado abordar el estado de situación de uno de los elementos sustanciales de la expropiación, como lo es la determinación de su indemnización. De tal manera, se ha intentado esquematizar y sistematizar las principales aristas que se desprenden de la indemnización expropiatoria, que representa una temática que a pesar del transcurso del tiempo no pierde relevancia ni validez.

VIII. Bibliografía

Aguilar Valdez, O. (2006). Caducidad, rescisión y rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos. En J. C. Cassagne (dir.), *Servicio Público y Policía* (p. 187 y ss.). Buenos Aires: El Derecho.

Bidart Campos, G. (2008). Régimen constitucional de la expropiación. *La Ley, Doctrinas Esenciales*, T. III (p. 785 y ss.). Buenos Aires: La Ley (cita online: AR/DOC/3518/2008).

Bielsa, R. y Luqui, R. (2017). *Derecho Administrativo*, T. IV. Buenos Aires: La Ley.

Casas, J. A. y Romero Villanueva, H. J. (2014). *Expropiación*. Buenos Aires: Astrea.

Cassagne, J. C. (2002). *Derecho Administrativo*, T. II, Séptima Edición. Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis - Abeledo Perrot.

Forsthoff, E. (1958). *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

González, J. V. (1915). *La expropiación en el derecho público argentino*. Buenos Aires: Librería La Facultad.

González Arzac, R. (1975). El monto de la indemnización expropiatoria y los fines del Estado. *Revista de Derecho Administrativo*, N° 8 (p. 35 y ss.).

Linares, J. F. (1997). Valor objetivo e indemnización en la Ley N° 21.499. *Revista de Derecho Administrativo*, N° 15-16 (p. 57).

Maiorano, J. L. (1978). *La Expropiación en la Ley 21.499*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.

Marienhoff, M. S. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo*, T. IV.

Marienhoff, M. S. (1959). Expropiación. *Revista Jurisprudencia Argentina*, 1959-VI (p. 256 y ss.).

Mayer, O. (1982). *Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires: Depalma.

Oyhanarte, J. (1957). *La expropiación y los servicios públicos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Perrino, P. E. (2009). La responsabilidad estatal lícita y la indemnización del lucro cesante. *Suplemento de Derecho Administrativo, Revista Jurisprudencia Argentina*, 2009-IV (p. 2 y ss.)

Villegas, W. (1973). *Régimen jurídico de la expropiación*. Buenos Aires: Depalma.

Ymaz Videla, E. M. (1999). *Protección de Inversiones Extranjeras. Tratados Bilaterales. Sus efectos en las Contrataciones Administrativas*. Buenos Aires: La Ley.

Legislación

Constitución Nacional.

Constitución de la provincia de Buenos Aires.

Decreto-Ley N° 21.499. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 21/01/1977.

Decreto-Ley N° 21.878. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 26/09/1978.

Ley Provincial N° 5708. Buenos Aires, 27/01/1987.

Decreto-Ley N° 9313. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 02/01/1968.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fallos 7: 51.

Fallos 15: 254.

Fallos 32: 358.

Fallos 108: 240.

Fallos 141: 190.

Fallos 159: 351.

Fallos 176: 363.

Fallos 181: 250.

Fallos 195: 187.

Fallos 201: 432.

Fallos 204: 205.

Fallos 204: 626.

Fallos 208: 143.

Fallos 209: 333.

Fallos 211: 1641.

Fallos 212: 2.

Fallos 212: 600.

Fallos 217: 617.

Fallos 217: 804.

Fallos 221: 519.

Fallos 224: 706.

Fallos 225: 451.

Fallos 230: 280.

Fallos 237: 38.

Fallos 238: 335.

Fallos 239: 123.

Fallos 240:219.

Fallos 241: 73.

Fallos 245: 252.

Fallos 254: 441.

Fallos 258: 213.

Fallos 268: 112.

Fallos 270: 210.

Fallos 271: 402.

Fallos 281: 354.

Fallos 281: 360.

Fallos 296: 55.

Fallos 296: 546.

Fallos 298: 463.

Fallos 298: 550.

Fallos 300: 299.

Fallos 300: 762.

Fallos 301: 1205.

Fallos 302: 1406.

Fallos 303: 692.

Fallos 303: 1011.

Fallos 305: 407.

Fallos 305: 1897.

Fallos 306: 1409.

Fallos 307: 2006.

Fallos 311: 548.

Fallos 312: 1725.

Fallos 312: 2444.

Fallos 316: 1025.

Fallos 316: 1756.

Fallos 317: 377.

Fallos 317: 617.

Fallos 317: 1921.

Fallos 318: 445.

Fallos 319: 2108.

Fallos 321: 3701.

Fallos 323: 847.

Fallos 325:3292.

Fallos 326: 2329

Fallos 326: 2451.

Fallos 328: 3887.

Fallos 328: 4507.

Fallos 329: 1703.

Fallos 329: 5793.

Fallos 329: 5467.

Fallos 334: 509.

Fallos 337: 70.

Fallos 339: 468.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Acuerdos y Sentencias, Tomo II, página 196.

C. 95.063.

C. 99.152.

C. 99.285.

C. 100.908.

C. 101.097.

C. 101.107.

Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación

Dictámenes 238: 87.

Fecha de recepción: 23-03-2020

Fecha de aceptación: 29-06-2020

Sostenibilidad, justicia ambiental, redes

POR **SILVIA NONNA**(*)

Sumario: I. Introducción.- II. Ambiente, justicia, sostenibilidad y derecho ambiental.- III. Justicia ambiental.- IV. Justicia ambiental y redes.- V. Reflexiones finales.- VI. Bibliografía.

Resumen: el objetivo de este artículo es introducir el tema de la sostenibilidad, su relación con la importancia que representa la regulación ambiental como instrumento para el logro del desarrollo sostenible, presentar la cuestión de la justicia ambiental que propende al trato justo y la participación efectiva de todas las personas hacia el efectivo ejercicio del derecho humano al ambiente sano y la equitativa distribución de los recursos ambientales, destacando el valor de las redes para el reconocimiento del concepto y su desarrollo tanto político como jurídico.

Palabras claves: sostenibilidad - justicia ambiental - redes

Sustainability, environmental justice, networks

Abstract: *the aim of this article is to introduce the concept of sustainability, its relationship with the importance of environmental regulation as an instrument for*

(*) Doctora en leyes, Universidad de Buenos Aires. Post Doctora, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Abogada. Esp. en Recursos Naturales, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Posgrado en Comercio Internacional de Hidrocarburos, Facultad de Ingeniería, Universidad de Buenos Aires. Posgrado en Derecho Ambiental, Universidad Austral. Environmental Research Fellow, George Washington University, Estados Unidos. Desde 2010 Secretaria Académica, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Prof. Titular de Derecho de los Recursos Naturales y Protección del Ambiente, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Prof. Titular de Derecho Ambiental, Universidad Abierta Interamericana. Vicedirectora del Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Integrante de la red Just Side. Vicepresidente del Centro de Formación Judicial de la Corte Suprema de la Ciudad de Buenos Aires. Directora de programas y proyectos de investigación y desarrollo.

achieving sustainable development. To present the issue of environmental justice that tends to fair treatment and the effective participation of all people towards the effective exercise of the human right to a healthy environment and the equitable distribution of environmental resources. Highlighting the value of networks for the recognition of the concept and its political and legal development.

Keywords: *sustainability - environmental justice - networks*

I. Introducción

No cabe duda que el ambiente, en los últimos tiempos, se ha convertido en un tema candente, de actualidad, de debate, de discusión y de preocupación. Es en el último tercio del siglo pasado que la comunidad internacional reacciona ante los cambios evidentes y que se comienza a pensar que es necesario hacer compatibles el crecimiento económico con el correlativo deber de proteger el ambiente.

Surge el concepto del desarrollo sostenible que se va planteando en distintas áreas y necesariamente también se refleja en el derecho.

Han surgido, además, una serie de conceptos, criterios y perspectivas que hay que interpretar de manera armónica y sobre la base que nos brinda un número importante de normas que han consolidado al derecho ambiental como una disciplina en crecimiento, transversal, multi e interdisciplinaria.

Y es el derecho el que nos da un marco para encarar un tema tan vigente como es el de la justicia ambiental, que propende al trato justo y la participación efectiva de todas las personas hacia el efectivo ejercicio del derecho humano al ambiente sano y la equitativa distribución de los recursos ambientales.

Se hace necesario trabajar sobre ese desequilibrio o insostenibilidad, que sabemos afecta a los grupos más vulnerables, que son los que quedan más expuestos a las consecuencias adversas generadas sobre el ambiente, fortaleciendo y haciendo un ejercicio efectivo de los principios de solidaridad y cooperación, pensando en las generaciones futuras.

II. Ambiente, justicia, sostenibilidad y derecho ambiental

La sostenibilidad es una construcción a partir de la cual la sociedad, en la última década del siglo XX, ha problematizado condiciones materiales y ha planteado, desarrollado y consolidado ciertos principios éticos y políticos que regulan el acceso a la distribución equitativa de los recursos ambientales.

Esto se ha afianzado a nivel mundial y así es que el derecho ambiental se caracterice por tener una perspectiva global que luego se va consolidando a nivel

regional, nacional, local. Se trata de un derecho que compartimos, entre todos los pueblos, mujeres y hombres, sin distinción alguna de credos o razas. Porque los problemas ambientales nos atañen a todos y, en mayor o menor medida, antes o más adelante, nos afectan a todos, y, por lo tanto, todos nos tenemos que comprometer a enfrentarlos y fundamental y prioritariamente a evitarlos.

El ordenamiento jurídico fue evolucionando, tanto a nivel internacional como nacional, enfrentando el desafío que significa alcanzar metas imprescindibles. Y en la búsqueda la “justicia ambiental”, el derecho es clave.

También ha evolucionado notablemente la actuación de los operadores jurídicos, cada vez más involucrados en la temática, cada uno desde el rol que le toque asumir ante un conflicto ambiental, o lo que es mejor aún, ante la posibilidad de evitar dicho conflicto.

Se trata de un compromiso que debemos compartir y para el que debemos todos colaborar, con el objetivo de construir una sociedad global viable, que perdure en el tiempo con justicia social.

III. Justicia ambiental

Entenderemos la justicia ambiental como un concepto que apunta al trato justo y la participación efectiva de todas las personas, independientemente de su raza, color, origen, bienes o ingresos, en relación con el desarrollo, la implementación y cumplimiento de las normas y las políticas ambientales. Se logrará cuando todos disfrutemos del mismo grado de protección contra los riesgos ambientales y de salud y cuando esté consagrado el equitativo acceso al proceso de toma de decisiones para gozar de un ambiente saludable que nos permita vivir, aprender, trabajar y desarrollarnos.

Considerando al ambiente como un bien común, la justicia ambiental está alcanzando un importante reconocimiento y desarrollo tanto político como jurídico. En este sentido, el derecho ambiental es una sólida base que atraviesa transversalmente instituciones y organizaciones, llegando a todos los ámbitos sociales.

III.1. Antecedentes

En el siglo pasado, a fines de los setenta, surgieron en los Estados Unidos de Norteamérica grupos ambientalistas que plantearon la prioridad en la consideración de grupos vulnerables de la sociedad y la posibilidad de una calidad de vida aceptable, por sobre la conservación de la vida silvestre (Arnold, 2000).

Nace, entonces, un movimiento social por la justicia ambiental cuyo principal objetivo es lograr una distribución más equitativa de lo que dan en llamar “cargas y beneficios ambientales”. Cargas en cuanto a los costos y los daños que provocan actividades con impacto ambiental, y beneficio ambiental por los servicios que el ecosistema brinda al ambiente.

Esa postura fue extendiéndose, no por una cuestión de imposición o de insistencia por parte de los grupos que la fueran adoptando, sino por la racionalidad que implica considerar lo social, lo ambiental, lo económico, de manera integral y en el marco del desarrollo sostenible, y con justicia.

Un par de décadas después, y habiendo tenido una consideración similar, el tema comenzó a instalarse en Europa. En Reino Unido, las comunidades con menores recursos y posibilidades se ven afectadas por cuestiones como la contaminación del aire, el ruido, el menor acceso al agua, a espacios verdes, con inadecuados servicios sanitarios básicos. La cuestión se va centrando en la situación socioeconómica del grupo afectado.

En América Latina, la consideración de las comunidades originarias se constituye en la base del desarrollo del concepto de justicia ambiental, que luego se extiende a los grupos sociales vulnerables por su situación económica que deriva sin duda en cuestiones que resultan inequitativas.

Y, a nivel global, es muy importante tener en cuenta el principio establecido en la Declaración de Naciones Unidas de Río de Janeiro de 1992 (1) de “responsabilidad común pero diferenciada”, que es el puntapié para que en todas las negociaciones internacionales se tenga en cuenta, y en la mayoría de las cuales se recoja formalmente en sus textos, como norte para la protección del ambiente como un bien común.

El derecho internacional recoge el concepto de justicia ambiental.

III.2. Aspectos básicos

Entonces, cuando nos referimos a justicia ambiental, nos referimos a la justicia con sus elementos y aspectos propios, y a lo ambiental también con elementos propios casi exclusivos, que combinamos con el objeto de poder considerar una distribución equitativa de cargas y beneficios ambientales entre todos quienes forman parte de la sociedad, sin hacer distinciones pero, por otro lado y,

(1) Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo. 1992. Recuperado de <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm> [Fecha de consulta: 18/03/2020].

precisamente, atendiendo a las distintas situaciones y la capacidad de algunos de los integrantes de esa comunidad que resulten ser más vulnerables, y apuntando a la adopción de decisiones adecuadas y “justas”.

Y cuando hablamos de justicia ambiental estamos pensando en el acceso a los recursos naturales de manera igualitaria, al aprovechamiento necesario para satisfacer necesidades y obtención de bienes culturales a partir de los naturales. En el uso racional y en la garantía de permitir el mismo uso a las generaciones futuras.

Es muy común encarar el tema de la justicia ambiental en relación con casos de contaminación y localización de fuentes que generan riesgo, aunque, en países como el nuestro, también hay que considerar, al momento de hablar de justicia ambiental, los recursos naturales en cuanto a las condiciones de acceso, al uso y al aprovechamiento de ellos, lo que ciertamente pone de manifiesto inequidades dentro de la sociedad al momento de evaluar la distribución de cargas y beneficios.

Resaltando el concepto de desarrollo sostenible como la satisfacción de “las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades” (2), principio rector a nivel mundial. Integra tres variables fundamentales: el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección del ambiente.

Por su parte, la participación ciudadana a partir del reconocimiento de las inequidades requiere de un acompañamiento serio y responsable de las autoridades, que a su vez deben constituirse en instituciones sólidas y capacitadas que puedan guiar y garantizar procedimientos que aseguren esa igualdad que se intenta lograr.

Elementos fundamentales de la justicia y, en análisis que se hace en este artículo, de la justicia ambiental, directa y estrechamente relacionado con el derecho ambiental es el derecho a la información y el derecho a la educación ambientales. Principios internacionales recogidos en el derecho internacional y con una

(2) Informe Nuestro futuro común, conocido como Informe Brundland, producido por Comisión mundial creada en 1987 para el desarrollo del medio ambiente, presidida por la ex primera ministra de Noruega Gro Harlem Brundtland. La Comisión Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo de Naciones Unidas fue creada durante la Asamblea de ONU de 1983. Definición que fue recogida formalmente en el Principio 3 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992. Recuperado de <https://web.archive.org/web/20111003074433/http://worldinbalance.net/intagreements/1987-brundtland.php> [Fecha de consulta: 18/03/2020].

consagración constitucional en nuestro país (3), además de regulación general (4) y específica (5) de presupuestos mínimos, que solo necesitaría de una implementación más eficaz.

Si tomamos entonces a la justicia ambiental como un principio, es necesario dotarlo de un marco normativo adecuado, o, en su caso, fortalecer el existente, de modo de asegurar una distribución equitativa de cargas y beneficios entre la sociedad, lo que permitirá garantizar el derecho humano a vivir en un ambiente sano.

III.3. Sociología ambiental

Ya he comentado que la evidencia de problemas ambientales que alteran la vida en el planeta y, en consecuencia, las relaciones humanas, se presenta como un panorama complejo e integral que requiere de la participación de distintas ciencias, entre ellas la sociología en el estudio del sistema de relaciones entre la sociedad y el ambiente, fundamentalmente de la interrelación del ser humano con su entorno y de cómo el ambiente influye en el comportamiento humano (Nonna, 2019).

Dice el sociólogo Gómez Tagle López (6) que “La sociología ambiental tiene entonces como uno de sus propósitos facilitar la reapropiación social de la naturaleza, no en términos de la explotación de la que puede ser objeto, sino de la valoración de su potencial ecológico productivo (...)”.

Sobre el final de los años 70 los sociólogos norteamericanos Riley Dunlap y William Catton formalizaron unas primeras reflexiones sobre la “sociología ambiental” y propusieron algunas pautas para relacionar la sociedad y el ambiente,

(3) Artículo 41 de la Constitución Nacional: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementirlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.

(4) Ley 25.675 de Presupuestos Mínimos para la Política Ambiental. Sancionada el 06/11/2002. Promulgada parcialmente, Decreto 2413/02, 27/11/2002. Publicada en el Boletín Oficial el 28/11/2002.

(5) Ley 25.831 de Información Pública Ambiental. Sancionada el 26 de noviembre 2003. Promulgada el 6 de enero de 2004. Publicada el 7 de enero de 2004.

(6) <https://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/Sociologia%20ambiental.pdf> [Fecha de consulta: 29/08/2020].

que luego se considerarán como el Nuevo Paradigma Ecológico. Plantearon el Paradigma de la Excepcionalidad Humana —PEH—, que se basa en una visión antropocéntrica de la relación existente entre la sociedad y la naturaleza.

Al parecer estaríamos ante una visión moderna y que ahora suena muy razonable y en general es más que aceptable. Sin embargo, el tema ya había sido planteado y podemos buscar orígenes de la disciplina remontándonos al siglo V antes de Cristo.

En efecto, Hipócrates, quien iniciara la escuela del determinismo ambiental, sostuvo:

Quando una raza habita en un áspero país montañoso, a una altitud considerable con unas lluvias cuantiosas y con marcadas diferencias entre estaciones, entonces sus gentes serán de gran talla, bien acostumbrados a la audacia y la valentía y con no poca ferocidad y brutalidad en su carácter. Por otra parte, en tierras bajas, sofocantes, con prados, son más flemáticos que coléricos. La valentía y la audacia no son parte de su carácter, aunque se pueden adquirir con la adecuada formación (Lemkow y Spluga, 2017, p. 67).

Varios siglos después, en el XIII, Santo Tomás de Aquino, refiriéndose a la fuerza necesaria para la guerra, decía que: “las gentes que viven cerca del sol y están resecaos por el calor excesivo tienen un intelecto más agudo, y es cierto, pero tienen menos sangre y por consiguiente no tienen constancia en cuanto a la confianza en ellos mismos. Por otro lado, las tribus nórdicas, lejos de los abrasadores rayos del sol, son ciertamente más estúpidos pero siempre están a punto para la guerra” (Lemkow y Spluga, 2017, p. 22).

Ambos autores están refiriéndose a las relaciones entre el ambiente y el hombre, las ventajas y desventajas de acuerdo con la actividad o el por qué estamos considerando la capacidad de la gente.

Montesquieu, en el siglo XVII/XVIII, resulta ser el exponente más conocido del determinismo ambiental. Sostuvo que “el clima, y en menor medida el tipo de suelo configuran el carácter o personalidad de un pueblo o nación dados. Las características de esa personalidad determinan, a su vez, la estructura social y finalmente es la estructura social la que determina el tipo de leyes y la legislación del país. Los climas distintos que han dado lugar a los distintos modos de vida han formado los diversos tipos de leyes” (Lemkow y Spluga, 2017, p. 26).

La escuela de determinismo ambiental fundada por Hipócrates pasó luego un período de oscuridad y ausencia. Y surgen detractores de esa posición.

En los 50 del siglo pasado, el sociólogo Otis Dudley Duncan estudió la población negra de Chicago y se dedicó a demostrar que la ecología humana es una extensión de la disciplina de su especialidad. Desarrolló un modelo sobre la base de lo que identificó como funciones generales del entorno en el que nos desarrollamos: espacio vital, un lugar para desperdiciar desechos y un depósito de recursos naturales, lo que lo lleva a la conclusión de que todo lo que nos rodea proviene del medio. Funciones que en general separamos, ya que no queremos vivir cerca de donde dejamos nuestros desechos ni donde estamos realizando actividades mineras o cortando árboles. Afirmó también que las cosas que usamos de alguna manera provienen de la naturaleza, que transformamos a través de la tecnología que se fue desarrollando.

Algunos otros autores profundizaron el tema, como José María Aranda Sánchez, que identifica distintas escuelas o tendencias. Para Aranda Sánchez (2013) existen varias perspectivas: 1) materialista marxista, tendencia con historia y consolidación representada por la contraposición entre capital y ecología; 2) ecología profunda, que elimina el antropocentrismo y se asienta en la idea de interdependencia sociedad naturaleza; 3) ecofeminismo, posición radical con perspectiva de género que ha llegado a representar una crítica de fondo al capitalismo y al sistema patriarcal, al impulsar una corriente ideológica que cuestiona la posibilidad de la sustentabilidad mientras los hombres tengan el poder; 4) enfoque de la ecología humana crítica acompañado de la teoría de la acción comunicativa de Habermas, que aporta un paradigma diferente al plantear las cuestiones ambientales para la sociedad en términos de dilemas; 5) orientación constructivista, con su análisis de la realidad social como una construcción que implica una parte objetiva, las estructuras sociales, y una subjetiva, que es la visión particular de los sujetos, en una amalgama que permite superar las visiones “realista” e “idealista”.

Desde que Hipócrates fundara la escuela del determinismo ambiental, a la fecha, mucho ha pasado y mucho ha cambiado la sociedad en su visión y reconocimiento de la relevancia del ambiente como bien común, como así también en la necesidad de protegerlo. Grandes esfuerzos se han hecho y muchos más son necesarios para alcanzar el desarrollo sostenible, y la necesidad de garantizar el equilibrio y la justicia socio ambiental que considere el crecimiento económico, la preservación del ambiente y el bienestar social con Justicia Ambiental.

IV. Justicia ambiental y redes

IV.1. Importancia de las redes

Si tomamos en cuenta que los movimientos surgidos a partir de los años setenta del siglo pasado son los que fueron instalando y consolidando el tema de la

justicia social, extendiéndose a nivel global, cuánto más rápido y eficaz hubiera resultado dicho impulso con la facilidad que ofrecen las redes tan desarrolladas en la actualidad.

Desde hace un tiempo las redes vienen cumpliendo funciones que, en cierta manera, corresponderían a los gobiernos, y lo hacen sin la participación de ellos, en algunos casos basándose en que hay una razonable transferencia de responsabilidad de lo público a la sociedad civil, y en otros casos tomando una posición intransigente de extremo que puede interpretarse como de avasallamiento.

Podemos ver en las redes reclamos reales y justos, que convocan a la participación y a la suma de esfuerzos hacia el bien común, propuestas concretas de criterios acertados, que convocan a afectados y actores involucrados, impulso de políticas públicas, de normativa adecuada, que requieren de la intervención de los tribunales, y en definitiva apuntan a la justicia ambiental.

Las redes son importantes, porque crean conciencia, porque informan, porque convocan, porque entusiasman, porque muestran realidades, porque acercan a los involucrados y a quienes se comprometen, aunque no sean parte de ese grupo afectado, porque buscan la cooperación, porque crean comités y grupos de alerta, porque impulsan foros de intercambio, porque comparte experiencias, porque visibilizan problemas y tratan de proponer soluciones, en definitiva, porque nos mantienen al tanto.

Podría citar varios ejemplos, pero no es mi intención hacerlo en el contexto de lo que quiero presentar, hay ejemplos para destacar y otros que no han logrado cumplir su objetivo, hay posiciones extremas, hay impulsores y detractores. Valga solo esta introducción para introducir el tema y para comentar los objetivos y las tareas que viene desarrollando una red iberoamericana que ha planteado el tema de la justicia socio ambiental y la necesidad de crear una herramienta que ayude a la toma de decisiones.

IV.2. *Just Side* - Una red iberoamericana por la justicia ambiental

Políticas ambientales que se planeen con objetivos justos requerirán de la identificación y el mapeo de las injusticias sobre las que se intente trabajar con el objetivo de resolverlas, como así también la participación de quienes forman parte del grupo involucrado, y decisiones consensuadas y planificadas.

En esa línea de ideas, la red *Just Side* se ha conformado con el objeto de formular propuestas a partir de la identificación de algunas injusticias sociales en Iberoamérica y aportar una herramienta útil para la planificación de políticas públicas, a través de una experiencia que será acotada por el alcance de la investigación, pero,

a la vez, repetible a futuros casos. Para ello, un grupo de expertos de varias universidades iberoamericanas, del que participa Argentina (7), liderados por la portuguesa Universidad de Coimbra, ha encarado la tarea de desarrollar un programa de 4 años en el marco del Programa Iberoamericano de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo-CYTED (8).

El CYTED es un programa internacional de cooperación científica y tecnológica, multilateral, de ámbito iberoamericano con carácter horizontal, orientado al desarrollo y que cubre todas las fases de la I+D+I (9) bajo una misma coordinación, desde la cooperación en investigación básica y aplicada hasta la cooperación en desarrollo e innovación. Su objetivo principal es contribuir al desarrollo armónico y sostenible de la región Iberoamericana mediante el establecimiento de mecanismos de cooperación entre grupos de investigación de las universidades, centros de I+D y empresas innovadoras de los países iberoamericanos, que pretenden la consecución de resultados científicos y tecnológicos transferibles a los sistemas productivos y a las políticas sociales.

En línea con sus objetivos, y a partir de una propuesta de la Universidad de Coimbra (10), CYTED aprobó el proyecto de red *Just Side* (11) del que forman parte Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, España, México, Portugal, Uruguay en una primera conformación a la que se ha sumado recientemente Cuba.

La red *Just Side*, que comenzó a funcionar en 2017, propone realizar un análisis jurídico de los datos territoriales, ambientales y sociales a partir de una visualización geoespacializada, con la finalidad de obtener información sobre injusticias socioambientales que pueda servir como base científica para la adopción o corrección de políticas públicas.

(7) Las profesoras doctoras Silvia Nonna y Leila Devia, titulares de Derecho de los Recursos Naturales y Protección del Ambiente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, investigadoras del Instituto Ambrosio Gioja de esa facultad, integran la red como investigadoras responsable y asociada respectivamente.

(8) CYTED es un Programa Iberoamericano de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo (CYTED), creado en 1984 mediante un Acuerdo Marco interinstitucional suscrito por 19 países de América Latina, España y Portugal. Desde 1995, el Programa CYTED se encuentra formalmente incluido entre los programas de cooperación dependientes de las Cumbres Iberoamericanas de Jefes de Estado de la Comunidad Iberoamericana de Naciones.

(9) I+D+I. Investigación, desarrollo e innovación, concepto que surge en el contexto del estudio complementario y relacionada de ciencia, tecnología y sociedad. Que supera el concepto de investigación y desarrollo I+D.

(10) Alexandra Aragon. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=4gcIdN3Cduk&feature=youtu.be>

(11) Recuperado de <http://www.cytcd.org/es/just-side>

El desafío de la red, además, es el de elaborar/formular una metodología de desarrollo y utilización de una herramienta basada en una infraestructura de datos en soporte digital que ayude a apoyar las decisiones, para promover y fortalecer las políticas públicas, para hacer frente a los desafíos sociales, ambientales, económicos, jurídicos y democráticos.

Los resultados de la investigación, como también la herramienta a utilizar para realizarla, estarán luego disponibles para los gobiernos de los países iberoamericanos, con la intención de contribuir, en el plan académico, con la consolidación del área específica del “geo derecho”. Y al mismo tiempo, por otro lado, en el plano político y social para la mejoría de la eficacia y justicia de las políticas públicas con incidencia territorial (12).

Se estudiarán 16 casos específicos (13) en diferentes territorios en los que sea por la propia idiosincrasia social o por resultados de políticas públicas incorrectas o demoradas, se identifican situaciones disvaliosas o dañosas, tanto desde el punto de vista económico como ambiental, para la población involucrada (14).

IV.2.1. Objetivos de la red *Just Side*

La red *Just Side* plantea como objetivo general el de incentivar el intercambio de conocimientos y la cooperación entre diferentes grupos de I+D (investigación y desarrollo) para el desarrollo abierto local de infraestructuras de software para promover la justicia en el territorio y la sostenibilidad de las políticas públicas para que las regiones y los Estados puedan cumplir con los objetivos de desarrollo sostenible asumidos en la Agenda 2030 de la ONU (15).

Se pretende colaborar con la planificación de algunas de las acciones incluidas como directrices de la Agenda 2030 difundiendo el papel que pueden representar las infraestructuras de datos digitales, a la vez que se reconozca la necesidad de crear la capacidad institucional para la construcción de bases de datos y

(12) El geoportal *Just Side* soportará la infraestructura abierta y regional de datos espaciales apta para una aplicación de ciencia abierta en la nube. La cartografía avanzada que resulta de la superposición de múltiples capas “layers” de información geográfica, ambiental y social, así como los principios, recomendaciones y buenas prácticas de integración de la justicia socio-ambiental en las políticas públicas de los países integrantes de la Red quedarán disponibles en el sitio *Just Side*.

(13) 16 era el número en origen del proyecto, que se ha incrementado en 2 más con la participación de Cuba.

(14) Ver punto VI, los casos argentinos.

(15) Recuperado de <http://www.ar.undp.org/content/argentina/es/home/post-2015/sdg-overview.html>

el suministro de información de calidad, accesible, oportuna, fiable, detallada y georreferenciada (16).

Uno de los objetivos específicos es el de potenciar sinergias y la coordinación de las líneas de I + D de los miembros originales de la red, extendiéndolo a quienes luego vayan sumándose para ampliarla. El desafío es desarrollar una infraestructura abierta y regional de datos espaciales apta para una aplicación de ciencia abierta en la nube.

La Ciencia que será desarrollada es el “geo derecho”, entendiéndolo como un análisis jurídico de los datos territoriales, ambientales y sociales en forma de visualización y presentación geoespacializada a fin de obtener información jurídicamente relevante que pueda servir como base científica para la adopción de políticas públicas.

La red tiene como misión la interconexión entre las nuevas tecnologías para crear infraestructuras de datos digitales y el derecho, para crear herramientas de apoyo a la decisión y participación. Un objetivo fundamental de la red es el de crear el potencial para el uso de los sistemas de datos para la promoción de la justicia territorial, la protección del ambiente, el uso eficiente de los recursos naturales, el uso sostenible del suelo, la redistribución equitativa, entre otros.

El objetivo que mayores desafíos propone la red es la colaboración en el refuerzo de la base científica de las decisiones que puedan aportar a la planificación de políticas públicas sólidas cuyos resultados se cristalicen en el fortalecimiento de la ciudadanía y de la consciencia ambiental. Con el soporte de datos científicos puede garantizarse una mayor legitimidad a las políticas, mejorando la aceptabilidad y legitimación de las decisiones, y pueden prevenirse conflictos y fortalecer la sostenibilidad.

IV.2.2. Socios de la red

Algo que corresponde destacar y que le da una especial importancia a la red es la participación de socios en diferentes áreas científicas, como el derecho, la geografía, la geología, las tecnologías de información, las políticas públicas, la ciencia política, la administración pública, y en diferentes contextos geopolíticos.

Distintas especialidades que requieren de socios especialistas, tanto del sector académico como incluso del empresarial.

(16) Como surge de los párrafos 48 y 57 de la Agenda.

Son socios del área académico/científica, en distintas especialidades:

Derecho: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina), Universidad de La Rioja (España), Universidad de Santa Catarina (Brasil), Universidad de Costa Rica (Costa Rica), Instituto Jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra (Portugal).

Información y georreferenciación: Universidad Nacional Autónoma de México (México), Departamento de Ingeniería Geográfica de la Facultad de Ingeniería de la Universidad de Santiago de Chile (Chile), Facultad de Ciencias UDELAR (Uruguay), Centro de Estudios de Geografía y Ordenamiento del Territorio de la Universidad de Coimbra (Portugal).

Social: Unidad de Investigación en Gobernanza, Competitividad y Políticas Públicas de la Universidad de Aveiro (Portugal).

Por su parte, los socios empresariales Geodireito (17) y Asociación GV SIG (18) se constituyen en apoyo fundamental por la especificidad del proyecto en cuanto a la organización de la red, la visualización del proyecto, a la utilización del mapeo y la representación cartográfica y la geo referenciación de datos.

Téngase en cuenta que se utilizará la producción de mapas con múltiples capas como forma de visualización avanzada, lo que contribuirá a la comprensión de fenómenos sociales complejos, identificando condiciones de vivienda, acceso a agua potable, condiciones básicas de salubridad y condiciones sociales en general como acceso a medios de transporte, a hospitales, a educación, a trabajo, entre otras. Fenómenos relacionados entre sí que es importante poder visualizarlos en conjunto para contribuir a la identificación de causas y efectos como así también de factores de peligrosidad y riesgo (19).

IV.2.3. Resultados esperados

La red aspira a aportar conocimientos en georreferenciación a partir de datos obtenidos organizados transversalmente y de manera integrada sumando disciplinas como derecho, economía, geografía y geología, sociología, gobernanza y políticas públicas.

(17) Recuperado de <http://geodireito.com.br/>

(18) Recuperado de www.gvsig.com/es

(19) Recuperado de <https://ejscreen.epa.gov/mapper>

Se propone investigar y recopilar datos, poniéndolos a disposición a través de técnicas de interconexión, organizando la información y complementándola con un actualizado análisis jurídico/normativo.

La red *Just Side* pretende crear una metodología de desarrollo y utilización de una herramienta basada en una infraestructura de datos en soporte digital para apoyar las decisiones, para promover y fortalecer las políticas públicas, para hacer frente a los desafíos sociales, ambientales, económicos, jurídicos y democráticos.

Los estudios de caso permitirán probar la precisión, alcance, eficiencia y eficacia de las técnicas de “geo derecho”, que permitan esbozar patrones geoespaciales para identificar injusticias ambientales y exclusión territorial, interpretándolas a la luz de políticas públicas para generar orientaciones generales compartibles y repetibles.

Se formulará un conjunto de “principios de integración de técnicas de geo derecho en las políticas de ordenamiento territorial y de ambiente y demás políticas sectoriales”, una guía metodológica de condiciones de utilización, áreas potenciales de aplicación, etapas principales, métodos, procedimientos y procedimientos principios de espacialización de datos y comunicación de información.

A su vez, se prevén beneficios con la implementación de la propuesta en la región iberoamericana a través del desarrollo de nuevas herramientas para el monitoreo, la prospectiva y la construcción de escenarios de la justicia tanto presente como futura y a nivel territorial, social y ambiental.

El desafío de la red es el de crear el potencial para el uso de los sistemas de datos para la promoción de la justicia territorial, el uso eficiente y racional de los recursos naturales, la protección del ambiente, el uso sostenible del suelo y la redistribución equitativa de ingresos. Se apunta a promover la justicia territorial y la sostenibilidad de las políticas públicas, cumpliendo los objetivos de desarrollo sostenible de la ONU.

IV.2.4. Casos que Argentina estudia en el marco de la red

Los nueve países participantes(20) aportarán datos sobre casos que fueron consensuados entre todos los participantes. Se trata de dos casos por país, que se estudiarán de manera multi e interdisciplinaria, con utilización de datos existentes

(20) Ocho originales que, con la incorporación de Cuba a partir del segundo año del proyecto, son nueve.

y previendo la producción de nuevos datos georreferenciados y analizados desde la óptica del geo derecho.

Para Argentina se seleccionaron dos casos, el de la cuenca Matanza Riachuelo, y el de los bosques nativos en comunidades originarias.

1) El caso de la Cuenca Matanza Riachuelo

Valga recordar que la Cuenca Matanza Riachuelo (CMR) es una de las cuencas más contaminadas del mundo, alcanza niveles críticos en los cursos medio y bajo del río y tiene consecuencias directas sobre la salud y calidad de vida de quienes habitan la zona. Podemos considerarlo como un caso representativo de contaminación y consecuentemente de injusticia ambiental.

Se han elaborado planes. Se han solicitado fondos internacionales. Se han creado organismos. Incluso la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha tomado activa participación/intervención en el tema. Se está trabajando, aunque el problema persiste. La cuenca pone de manifiesto una creciente degradación ambiental y una histórica falta de abordaje integral.

En la cuenca coexisten distintos niveles de densidad poblacional, actividades productivas y ecosistemas, lo que se traduce en diferentes situaciones ambientales de las que dan cuenta los relevamientos del ordenamiento territorial y los monitoreos de la calidad de sus aguas.

La CMR abarca una superficie de aproximadamente 2.300 km² y tiene una población de aproximadamente 6 millones de personas. La extensión del sistema hídrico integrado por los ríos Matanza y Riachuelo es de 64 km. Resulta necesario implementar mecanismos que permitan ajustar la política y la gestión ambiental de este vasto territorio a las diversidades propias de cada área.

En este orden de ideas, contar con datos es un primer paso, organizarlos y sistematizarlos un siguiente paso, volcar los datos en mapas identificados por ítems o temas y, finalmente, superponer esos mapas que reflejen los datos, permitirá una visión integral y comparable de la información.

La ACUMAR, a través del PISA 2010 actualizado en 2016 ha recuperado documentación existente, ha ido incorporando nuevos y actuales datos y hoy se cuenta con información mapeable sobre la que se está trabajando (21).

(21) Recuperado de www.acumar.gob.ar

2) Bosques y comunidades originarias

También se planea estudiar la situación de las comunidades originarias en su relación con los bosques nativos que habitan y la efectividad de la Ley de Presupuestos Mínimos 26.331 (22) de protección de bosques nativos.

Téngase presente que tanto la Constitución Nacional como la Ley de bosques nativos señalan la necesidad de respetar la cultura ancestral de las comunidades originarias, y en lo que se analizará, fundamentalmente a través de la promoción de la conservación, restauración y uso responsable de los servicios y productos de los bosques nativos, apuntando a los servicios ambientales que brindan, teniendo como premisa que la mejor manera de cuidar los bosques es fortaleciendo a las comunidades que los habitan.

La autoridad ambiental nacional está implementando planes integrales comunitarios (PIC) con el objetivo de apoyar y complementar la implementación de las políticas nacionales de manejo sostenible de los bosques nativos en el marco la Ley de bosques, en especial respecto de las pequeñas comunidades.

A través de los PIC se planifican y desarrollan, en conjunto con los beneficiarios, actividades con especial énfasis en servicios, prácticas sostenibles y herramientas específicas que mejoren la calidad de vida de las comunidades directamente relacionadas al bosque nativo. La planificación apunta, estratégicamente, a la producción sustentable y la comercialización de bienes y servicios provenientes de los bosques nativos (23).

Para ello, el proyecto Bosques Nativos y Comunidad ha realizado una evaluación social y ambiental de la región chaqueña, datos con los que se trabajará para mapear distintos indicadores y criterios para luego preparar la comparación de capas.

V. Reflexiones finales

El derecho humano a vivir en un ambiente sano, equilibrado y que permita el desarrollo de las actividades presentes sin comprometer la satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras es un tema muy presente hoy en la sociedad.

(22) Ley 26.331. B.O. 26/12/2007. Presupuestos Mínimos para la Protección Ambiental de los Bosques Nativos. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/135000-139999/136125/norma.htm>

(23) Las acciones se focalizan inicialmente en las regiones del parque chaqueño en las provincias de Salta, Santiago del Estero y Chaco.

Es un tema candente, de actualidad, de debate, de búsqueda de consensos y de preocupación.

La sostenibilidad es una construcción a partir de la cual la sociedad ha problematizado condiciones materiales y ha planteado, desarrollado y consolidado ciertos principios éticos y políticos que regulan el acceso a la distribución equitativa de los recursos ambientales, basada en principios de solidaridad y cooperación, buscando la justicia social.

El crecimiento de la población, la concentración en áreas determinadas, las diferentes necesidades de consumo, la accesibilidad a bienes básicos, producen alteraciones en el ambiente y se generan inequidades o injusticias sociales. Son los sectores sociales vulnerables los más afectados y al mismo tiempo son los sectores que no cuentan ni pueden acceder a las herramientas necesarias para morigerar las consecuencias ambientales adversas.

La justicia ambiental apunta al trato justo y la participación efectiva de todas las personas, independientemente de su raza, color, origen, bienes o ingresos, en relación con el desarrollo, la implementación y cumplimiento de las normas y las políticas ambientales, y se logrará cuando todos disfrutemos del mismo grado de protección contra los riesgos ambientales y de salud y cuando esté consagrado el equitativo acceso al proceso de toma de decisiones para gozar de un ambiente saludable que nos permita vivir, aprender, trabajar y desarrollarnos.

Destaco la importancia de las redes, que crean conciencia, que informan, que convocan, que acercan a los involucrados, que crean comités y grupos de alerta, que comparten experiencias, que muestran realidades y visibilizan problemas y al mismo tiempo proponen soluciones, que ayudan a tomar decisiones y a planificar.

Como aporte, la red *Just Side*, de la que participa Argentina, se constituye en una herramienta para identificar injusticias sociales en Iberoamérica. El objetivo de la propuesta es realizar un análisis jurídico de los datos territoriales, ambientales y sociales a partir de una visualización geoespacializada a fin de obtener información sobre injusticias socioambientales que pueda servir como base científica para la adopción o corrección de políticas públicas.

Se espera contribuir en el desarrollo y la consolidación del área específica del “geo derecho”, formulando y testeando una metodología de desarrollo y utilización de una herramienta basada en una infraestructura de datos en soporte digital que ayude a apoyar las decisiones, para promover y fortalecer las políticas públicas, para hacer frente a los desafíos sociales, ambientales, económicos, jurídicos y democráticos.

El desafío de la red es el de crear el potencial para el uso de los sistemas de datos para la promoción de la justicia territorial, el uso eficiente y racional de los recursos naturales, la protección del ambiente, el uso sostenible del suelo, la redistribución equitativa de ingresos.

Se apunta a promover la justicia territorial y la sostenibilidad de las políticas públicas, cumpliendo los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Organización de las Naciones Unidas.

VI. Bibliografía

Aranda Sánchez, J. (2013). *Principales desarrollos de la sociología ambiental*. México: Centro de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades, Universidad Autónoma del Estado de México.

Arnold, C. (2000). Land Use Regulation and Environmental Justice. *Environmental Law Reporter*.

Nonna, S. (2019). Desarrollo Sostenible. Sociología ambiental y justicia socio ambiental. *Revista Temas de Derecho de Civil, Persona y Patrimonio*. Buenos Aires: ERREPAR.

Lemkow, L. y Esplugas, J. (2017). *Sociología Ambiental*. Barcelona: Icaria-Antrazyt Editora.

Fecha de recepción: 31-03-2020

Fecha de aceptación: 18-06-2020

Regulación jurídica del agua embotellada y del arsénico en la provincia de Buenos Aires, Argentina

POR VERÓNICA LUCÍA CÁCERES(*) Y CLARA MARÍA MINAVERRY(**)

Sumario: I. Introducción.- II. El mercado de aguas embotelladas en Argentina.- III. La regulación del arsénico en el agua en Argentina.- IV. El particular caso del noreste de la provincia de Buenos Aires y la percepción de la población.- V. Conclusiones.- VI. Bibliografía.

Resumen: el presente trabajo, en primer lugar, presentará una caracterización del mercado de agua embotellada en Argentina y de su institucionalidad. En segundo lugar, se expondrá un debate actualizado sobre los niveles de arsénico, la situación de las empresas vinculadas con el comercio de agua embotellada, la normativa vigente, la percepción de la población respecto al agua que se distribuye en las redes y el agua embotellada. Por último, se presentarán una serie de conclusiones. Es posible concluir que las empresas que comercializan agua embotellada no están obligadas a informar el componente de arsénico y que esto podría interferir con los derechos constitucionales de los consumidores. Además, la regulación jurídica de la calidad del agua presenta lineamientos contradictorios e insuficientes y la población del noreste de la provincia de Buenos Aires en su mayoría afirma que el agua embotellada presenta una calidad superior que la de red condicionando su consumo.

(*) Doctora en Ciencias Sociales. Investigadora asistente, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), sede de trabajo: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Investigadora y Prof. Adjunta, Universidad Nacional de General Sarmiento y Universidad Nacional de Luján.

(**) Doctora en Derecho. Investigadora adjunta, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), sede de trabajo: Instituto de Ecología y Desarrollo Sustentable (INEDES). Prof. Adjunta Ordinaria de Derecho Ambiental, Universidad Nacional de Luján y Prof. de Posgrado, Universidad Tecnológica Nacional.

Palabras clave: agua embotellada - derecho - calidad - comunidad

Bottled water and arsenic regulation in the province of Buenos Aires, Argentina

Abstract: *in the first place, this paper will present a characterization of bottled water market in Argentina and its institutionalism. In the second place, we will expose an updated debate about arsenic levels, the situation about companies related to the bottled water business, the present legislation, the perception of the population about water which is distributed in networks and of the bottled one, and at last, we will present some conclusions. Its is possible to conclude that companies which commercialize bottled water are not obliged to inform about arsenic and this could interfere with constitutional consumer's rights. Also, the legal regulation about water quality presents contradictory and insufficient guidelines and the majority of the population of the Northeast of the Province of Buenos Aires states that bottled water have higher quality than the one which is provided by the network and this conditions their consumption.*

Keywords: *bottled water - law - quality - community*

I. Introducción

El agua embotellada forma parte de la industria alimenticia, específicamente del mercado de bebidas sin alcohol que se encuentra en pleno crecimiento a nivel mundial. Se trata de un mercado altamente concentrado en dos grupos franceses: Aguas Danone y Nestlé Waters. En la República Argentina las marcas líderes se encuentran asociadas a estos grupos y se adicionan las marcas de Coca Cola y Pepsico y segundas marcas en expansión.

La República Argentina es un país federal en el que le “corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio” (artículo 124 de la Constitución Nacional —CN—) y al Estado nacional la responsabilidad de dictar “las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales” (artículo 41 CN). A su vez los parámetros del agua embotellada se regulan mediante el Código Alimentario Nacional que incluye regulaciones sobre las características de los alimentos y bebidas, así como de los establecimientos productores, elaboradores y comercializadores de dichos productos, envases, aparatos y accesorios para alimentos y técnicas analíticas afines. Por lo que la temática del agua embotellada cruza un conjunto de disposiciones que involucran distintos niveles de gobierno.

El presente trabajo centra la mirada en la regulación que alcanza al mercado de aguas embotelladas en la República Argentina. El agua embotellada asume un lugar crítico en las áreas donde el servicio de agua no se encuentra disponible o tiene serias dificultades en materia de calidad. El arsénico conforma uno de los desafíos más importantes, en términos de calidad, que enfrenta la gestión del agua en el país. Se trata de un elemento natural distribuido en la corteza terrestre que se encuentra en cantidades pequeñas en rocas, suelos, agua y aire y se caracteriza por no ser perceptible por el olor, color, aunque es muy tóxico en su forma inorgánica. La toxicidad del arsénico puede ocurrir de forma aguda tras la ingesta de cantidades importantes en un período breve, o de forma crónica dado el consumo de pequeñas cantidades en un período mayor (Garzonio y Núñez, 2012).

Las empresas que embotellan aguas siguen los lineamientos en materia de calidad, rotulado, envases —entre otros— del Código Alimentario, que las obliga a informar a los consumidores respecto a un conjunto de componentes y otra información relativa al proceso de producción involucrado. Sin embargo, no las obliga a informar respecto de la concentración de arsénico. Los controles sobre los componentes del agua y otras bebidas y alimentos involucran a la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), dependiente del Ministerio de Salud de la Nación y a otras agencias del Estado nacional, así como de los niveles subnacionales.

El trabajo se realizó, en primer lugar, a partir de la observación documental comparativa y descriptiva de normas jurídicas e informes técnicos estadísticos: en especial se recopiló y analizó las distintas modificaciones que atravesó el Código Alimentario argentino en lo que concierne a la calidad del agua; las actas de la Comisión Nacional de Alimentos y los informes de la Dirección Nacional de Alimentos y Bebidas. En segundo lugar, se recurrió al trabajo de campo realizado desde marzo de 2018 hasta marzo de 2020 en los siguientes partidos del noreste de la provincia de Buenos Aires: San Andrés de Giles, Lobos, Luján, Mercedes y General Rodríguez, donde se realizó una encuesta sobre las condiciones de acceso al agua y la problemática del arsénico. Se realizaron 175 encuestas a personas que habitan o trabajan en el casco urbano de los municipios. Por último, se recurrió al relevamiento exploratorio del mercado de agua embotellada a partir de la selección de una muestra de diez empresas que comercializan agua embotellada en la provincia de Buenos Aires y la caracterización de la información que provee los rotulados.

En primer lugar, presenta una caracterización del mercado de aguas embotelladas en Argentina y la institucionalidad del sector; en segundo, un debate actualizado respecto a los niveles de arsénico, la situación de las empresas vinculadas con el comercio de agua embotellada, la normativa vigente y la percepción de la

población respecto al agua potable y a la compra de agua envasada, y, por último, se presentarán una serie de conclusiones.

II. El mercado de aguas embotelladas en Argentina

El agua es indispensable para la salud, la sostenibilidad de la biodiversidad y del planeta en su conjunto. Su uso es demandado y disputado para el consumo doméstico, industrial, agropecuario, turístico y minero, entre otros. El agua tiene un valor social y cultural vinculado a derechos humanos inalienables y también se transforma en un bien económico para un conjunto de actividades. El acceso al agua potable conforma un derecho humano indispensable para la vida, ya que toda la población tiene que tener su acceso garantizado y su reconocimiento plantea la importancia que la provisión de agua sea: aceptable para el uso personal o doméstico en relación con el color, olor y sabor; garantizar la no discriminación y considerar las necesidades culturales, de género, del ciclo vital y de privacidad; accesible físicamente, dentro o en las cercanías inmediatas de cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo; asequible y disponible económicamente, por lo que los costos asociados al acceso no deben comprometer ni impedir el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas; suficientes en cantidades y continuo para el abastecimiento de cada persona; y salubre, es decir, libre de microorganismos, sustancias químicas y amenazas radiológicas que pongan en peligro la salud (ONU, 2010, p. 1).

En la economía tradicional los bienes se clasifican de acuerdo con dos principios: la exclusión y la rivalidad. Un bien es excluible cuando es posible impedir que lo utilice otra persona, es decir que se le puede negar su uso. Un bien es rival cuando su consumo por parte de una persona reduce su consumo por parte de otra. Con base en estas características se clasifican a los bienes en: bienes privados, aquellos que son bienes excluibles y rivales; bienes públicos, no son ni excluibles ni rivales y los recursos escasos son rivales, pero no excluibles (Mochón y Becker, 1993). En este sentido, a diferencia del agua de un río, el agua que se envasa o embotella y comercializa se transforma es un bien privado, en tanto es rival y exclusivo y se convierte en una mercancía que se comercializa en mercados específicos dinámicos. En la consolidación del capitalismo como sistema económico dominante se observa la fuerte tendencia a la mercantilización de distintas esferas de la vida, incluida la naturaleza. Polanyi, en 1944, consideró que la naturaleza era una *mercancía ficticia*, ya que no fue producida para ser vendida. Tal como explica Godelier, el intercambio a través del mercado logró dominar el proceso económico “en la medida en que la tierra y los alimentos (fueron) movilizados por ese intercambio y allí donde la mano de obra se ha convertido en mercancía que puede comprarse libremente en el mercado” (Godelier, 1974, p. 22).

La mercantilización del agua involucra procesos históricos y asume distintas modalidades y, como explica Castro (2009, p. 11), “hace referencia a la circulación del agua como un bien privado cuyo valor de cambio incluye una ganancia que es apropiada por un agente privado quien detenta el derecho de propiedad”. Claramente el agua embotellada es un ejemplo creciente de los procesos de mercantilización, en esta el agua circula como una mercancía “producida” por empresas, mayormente con objetivos mercantiles (Castro, 2009, p. 11).

En la República Argentina los recursos naturales, como el agua, corresponden al dominio de las provincias, aunque la industria del agua embotellada requiera para operar un conjunto de autorizaciones y el cumplimiento de disposiciones establecidas y otorgadas por los Estados provinciales, que incluyen: la autorización de la explotación de una fuente de agua otorgada por el nivel provincial; los patrones de calidad del agua acordados por el nivel nacional mediante el Código Alimentario y las disposiciones de los envases y condiciones de los procesos productivos; y locales, sobre el uso de los servicios públicos. La regulación sobre este sector no incluye regulación económica sobre los precios de los productos, que se determinan de acuerdo con los criterios de las empresas en los distintos mercados. Las empresas, si bien asumen cargas impositivas por su desempeño, solo en algunas provincias se les cobra un canon específico por el uso del agua, que es de dominio de las provincias y es clasificada como un bien público (1).

El agua embotellada forma parte del mercado de bebidas sin alcohol con gran protagonismo desde la década del noventa del siglo XX, cuando creció su consumo en un 50%. En la República Argentina se encuentra claramente diversificado. Existen más de 200 empresas con marcas y diferentes tipos y sabores, que incluyen desde Pymes que distribuyen aguas en algunas provincias del país, como es el caso de Agua Nuestra en Entre Ríos y Santa Fe, Ivess Hogar, Panizza o Nihuil, cuya distribución recorre la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la provincia de Buenos Aires, hasta empresas ligadas a grandes operadores internacionales del sector como lo es Villa del Sur.

Más allá de la diversificación, el mercado se encuentra liderado por las compañías internacionales, principalmente por Danone que tiene Villavicencio (adquirida en 1999); Villa del Sur y Ser; Nestlé con las marcas Eco de los Andes, Nestlé Pureza Vital y Glaciar. Se trata de un mercado cuya producción y distribución

(1) En el título de bienes, sección 2º (bienes con relación a las personas), el Código Civil y Comercial de la Nación, que fue reformado en el 2015, establece lo siguiente: “Son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales: (...) c. los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas” (artículo 235).

demanda especialización (Correa, 2011) y tiene como componente central la publicidad. Para 2010, el mercado tenía una demanda anual de 650 millones de litros (Burlot, 2010). Aunque la producción de bebidas, aguas, dentro de ellas se destina principalmente al mercado interno, durante 2010-2019 se sostuvo la exportación de agua mineral, el principal país receptor fue Francia; a su vez, se incrementaron la participación de las exportaciones de aguas saborizadas con Chile como principal comprador y la comercialización de hielo con Noruega como principal receptor (Dirección Nacional de Alimentos y Bebidas, Secretaría de Gobierno de Agroindustria, con base en INDEC, 2018).

La Encuesta Nacional de Gastos de los Hogares 2017-2018 del Instituto Nacional de Estadística y Censos señala que el 22,8% del gasto de consumo de los hogares a nivel nacional se destinaba a la compra de alimentos y a bebidas no alcohólicas (INDEC, 2019).

El mercado de consumo de agua embotellada es dinámico y aunque se encuentre afectado por la recesión económica que enfrenta la República Argentina en los últimos meses, ocupa un espacio importante en el consumo que realizan las personas, en especial las más jóvenes, en tanto las empresas recurren a un conjunto de herramientas publicitarias para consolidar sus productos. La publicidad y el *packaging* son centrales en la estructura de costos de las empresas. Existen diversos tipos de aguas y hay información que no siempre es clara para los consumidores y que puede generar confusión.

Como sostiene un informe reciente, “diferentes procedencias de las aguas minerales implican diferentes composiciones químicas”. Se suele decir que son saludables simplemente porque son naturales, pero este concepto no es coherente, ya que, justamente, las fuentes principales del arsénico (As) en el agua son naturales y provienen de aguas subterráneas, que son las fuentes de aguas minerales o de “fuente” (Red de Soberanía Alimentaria del CONICET, 2018, p. 55). “Aguas que provienen de localizaciones que se pueden considerar prístinas por excelencia, como las aguas endoglaciales, presentan una notable toxicidad, probablemente como resultado del efecto sinérgico de diferentes agentes. Por otra parte, existen aguas mineralizadas artificialmente que también podrían contener niveles elevados de As” (Red de Soberanía Alimentaria del CONICET, 2018, p. 55).

Llamativamente en la actualidad las empresas que se dedican a la producción y comercialización de agua embotellada en el país no tienen la obligación de informar a la población consumidora en sus etiquetas sobre el contenido de arsénico presente en las botellas de agua. El arsénico conforma un claro desafío en la gestión del agua en el país y en otras regiones donde su presencia condiciona los procesos de producción del servicio de agua y otras actividades industriales.

No solo el consumo de agua embotellada se consolidó en la población más joven, sino que ante la falta de servicio público por red en distintas partes del territorio o frente a problemas graves de calidad del agua que se distribuye en algunas áreas, los hogares recurren a estos productos. Cabe señalar que el país cuenta con un déficit de cobertura de hogares al servicio de agua que, para 2015, solo abastecía al 87% en las áreas urbanas, donde reside la mayor parte de la población del país (Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda, 2017). A su vez presenta áreas comprometidas con la presencia de arsénico de origen natural en una extensa proporción del territorio que incluye la denominada llanura Chaco-pampeana, la región de Cuyo y la región del noroeste del país. La situación más crítica se observa en las provincias de Chaco, Córdoba, Santiago del Estero, Salta, Santa Fe, Tucumán, La Pampa y parte de la provincia de Buenos Aires. Los niveles de arsénico se tornan comparables, de acuerdo con la literatura relevada, con regiones asiáticas como es el caso de Bangladesh (Villaamil Lepori, 2015).

III. La regulación del arsénico en el agua en Argentina

III.1. Sobre el arsénico

La contaminación del agua con niveles elevados de arsénico afecta a varias provincias del territorio argentino. La presencia tiene un origen natural se relaciona con algunos de procesos geológicos que han afectado y afectan esta región, especialmente a las aguas subterráneas (Garzonio y Núñez, 2012).

A la par que se difunde información respecto a la situación, en algunas áreas afectadas la población comienza a reclamar a los estados provinciales, que en la legislación argentina poseen el “dominio de los recursos naturales” y son responsables de la prestación, regulación y control del servicio público de agua por red. Esto sucede en varios municipios de la provincia de Buenos Aires (Cáceres, 2019; Cáceres y Minaverry, 2019), donde se observa cómo distintos actores reclaman por el derecho al agua mediante procesos políticos y judiciales. En estos casos y cuando la población tiene la posibilidad económica adquiere agua embotellada en distintos puntos de comercialización e incluso en sus propias viviendas en el caso que las empresas tengan el servicio de distribución.

Claramente el derecho humano al agua no solo requiere que el agua esté disponible en términos de cantidades, sino que su calidad sea aceptable para el uso personal o doméstico y en este sentido se encuentre libre de sustancias que pongan en peligro la salud. Lo cual requiere que los Estados, garantes de los derechos humanos, establezcan parámetros de calidad mediante la regulación jurídica (Cáceres, 2019).

A nivel internacional, las “Guías para la calidad del agua potable” de la Organización Mundial de la Salud (OMS) conforman un instrumento que apunta a contribuir a la generación de estándares de calidad del agua. Las Guías explican los requisitos necesarios para garantizar la inocuidad del agua, incluidos los procedimientos mínimos y valores de referencia, por lo que cumplen una función preventiva del riesgo, que apunta a evitar un daño en la salud y parten de considerar que el control de la calidad del agua demanda un conjunto de acciones que incluyen una combinación de medidas como la protección de las fuentes de abastecimiento de agua, de control de las operaciones de tratamiento, y de gestión de la distribución (OMS, 2006). Los parámetros que acuerdan constituyen una referencia para la regulación de la calidad del agua de red o envasada e incluyen aspectos microbiológicos, químicos, y radiológicos.

Una de las enfermedades conocidas en Argentina, hace más de un siglo, es el hidroarsenicismo crónico regional endémico (HACRE), que se manifiesta progresivamente con lesiones en la piel y en distintos órganos y no tiene tratamiento curativo. Se trata de una enfermedad que se conoce desde 1913 y fue detectada en habitantes de Bell Ville, provincia de Córdoba. La prevención incluye, como paso central, reducir la exposición a aguas contaminadas y distribuir “aguas ‘saludables’, libres de agentes contaminantes para el consumo humano, el abrevamiento y para el riego de cultivos” (Gaiolia, González y Amoedoc, 2009, p. 472).

La OMS ha recomendado niveles máximos admisibles en el agua para consumo humano que han pasado de 0,2 mg/l, en 1958, a 0,05 mg/l en 1963, para reducirse a 0,01 mg/l en 1993, en la medida que se ha acumulado conocimiento sobre el efecto del arsénico (Cáceres y Minaverry, 2019). La OMS reconoce “las dificultades prácticas para eliminar el arsénico del agua de consumo humano, sobre todo en pequeños sistemas y de alcanzar el límite práctico de cuantificación para el arsénico”, por lo que “mantiene el valor de referencia de 10 µg/l como una meta y se designa como provisional” (OMS, 2011, p. 374).

El carácter de la recomendación como provisional se vincula con la incertidumbre sobre los efectos en la salud de la población y a las dificultades de remoción del arsénico en el agua potable y la medición de concentraciones tan bajas (Red de Seguridad Alimentaria del CONICET, 2018).

III.2. La regulación jurídica de la calidad del agua embotellada en la República Argentina

La calidad del agua envasada y comercializada en la República Argentina se regula mediante una normativa federal, el denominado Código Alimentario Argentino sancionado por la ley 18.284. Esta norma diferencia entre los tipos de aguas que

se comercializan: agua envasada o de mesa, mineralizada y agua mineral. Aunque se ubican en la misma categoría alimentaria no se trata de los mismos productos. “El agua envasada o de mesa refiere al agua de bebida envasada o agua potabilizada envasada a un agua de origen subterráneo o proveniente de un abastecimiento público, al agua que se comercializa envasada en botellas, contenedores u otros envases adecuados, provistos de la rotulación reglamentaria y que cumpla con las exigencias del presente artículo” (artículo 983, ley 18.284, modificado por Resolución conjunta 34/2019 de la Secretaría de Alimentos y Bioeconomía y Secretaría de Regulación y Gestión Sanitaria).

Esta agua se denomina en el mercado como “agua de bebida embotellada (o envasada)”, “agua potable embotellada (o envasada)”, “agua tratada embotellada (o envasada)”, “agua potable embotellada (o envasada)”, “agua tratada embotellada (o envasada)”, “agua de mesa embotellada (o envasada)”, “soda en botellas”.

Mientras que el agua mineral se define como “un agua apta para la bebida, de origen subterráneo, procedente de un yacimiento o estrato acuífero no sujeto a influencia de aguas superficiales y proveniente de una fuente explotada mediante una o varias captaciones en los puntos de surgencias naturales o producidas por perforación”. Y que tiene como características su tenor en minerales y sus respectivas proporciones relativas, oligo-elementos y/u otros constituyentes; su pureza microbiológica original; y la constancia de su composición y temperatura en la captación las que deberán permanecer estables en el marco de las fluctuaciones naturales (artículo 985, ley 18284). En este sentido, se denominará con expresiones como “agua mineral natural de manantial de mesa” o “agua mineral natural de manantial” o “agua mineral natural de mesa” o “agua mineral natural” (artículo 988, ley 18284).

Además, reconoce un tipo de “agua mineralizada artificialmente” como aquel “producto elaborado con agua potable adicionada de minerales de uso permitido, gasificada o no, envasada en recipientes bromatológicamente aptos, de cierre hermético e inviolable” (artículo 995, ley 18284, modificado por Resolución conjunta 34/2019 de la Secretaría de Alimentos y Bioeconomía y Secretaría de Regulación y Gestión Sanitaria).

Por lo señalado, el agua embotellada envasada puede tener un origen amplio que en el país incluye la explotación de fuentes de agua como el acuífero Puelche, mediante perforaciones, hasta agua de manantiales de la cordillera de Los Andes. Las características, requisitos de los envases, la calidad, pureza y el rotulado se encuentran establecidos, también, en el Código Alimentario.

Como señalamos, en la República Argentina los parámetros del agua para consumo humano se regulan mediante el Código Alimentario mediante la ley nacional

18.284 de 1969 que estableció las disposiciones higiénicas, bromatológicas y de identificación del Reglamento Alimentario. El Código incluye regulaciones de los alimentos y establecimientos productores, elaboradores y comercializadores de dichos productos, envases, aparatos y accesorios para alimentos y técnicas analíticas afines. Es decir, se trata de una normativa que promueve la protección de la salud de la población y el acceso a alimentos que tengan garantizado la inocuidad como un valor agregado en calidad.

La adecuación de la República Argentina a la recomendación que realiza la OMS ha transitado y aún transita un proceso complejo, de resistencia por parte de los actores de la industria del agua. En 2007 las autoridades de dos agencias estatales claves, la, por entonces, Secretaría de Políticas, Regulación y Relaciones Sanitarias del Ministerio de Salud de Nación y de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos del Ministerio de Economía y Producción, mediante Resolución conjunta acordaron la adecuación al límite 0,01 mg/l (resoluciones 68/2007 y 196/2007). Hasta entonces el Código Alimentario establecía un máximo de 0,05 mg/l.

En 2012 se autorizó una prórroga de 5 años para su adecuación en el caso que la composición del agua de la zona lo requiriera o existiera imposibilidad de aplicar tecnologías de corrección. Cumplido el plazo se volvió a autorizar la distribución de agua con mayores niveles de arsénico que lo recomendado por la OMS. En paralelo, se han observado dos situaciones, por un lado, la presentación de diversos proyectos de ley o resolución que proponen reconocer el derecho humano al agua, dejar sin efecto las disposiciones que han otorgado prórrogas al cumplimiento de la adecuación, o pedidos de información respecto a la población afectada con HACRE. Entre ellos, los proyectos 1838-D-2018, 0271-D-2017, 1788-D-2015, 5088-D-2012. Por otro, en un marco de reclamos de distintos actores de la sociedad civil por la presencia de elevados niveles de arsénico en el agua por red, el Poder Judicial sentó jurisprudencia sobre el derecho al agua, y la máxima instancia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, falló a favor de la adecuación del agua por red a 0,01 mg/l en 2013 y luego en 2014. Estos fallos tienen su origen en la situación de la provincia de Buenos Aires que adhirió al Código Alimentario en 2013 y aún tiene vigente un marco regulatorio del servicio de agua que habilita la distribución de agua con calidades distintas (decreto 878/2003).

Hacia fines de 2019 se modificaron artículos centrales en materia de los parámetros de agua (982, 983 y 995) y se efectuó, nuevamente, mediante la Resolución conjunta 34/2019 de la Secretaría de Alimentos y Bioeconomía y la Secretaría de Regulación y Gestión Sanitaria. Esta modificación se trató en un ámbito en el que participaron las distintas jurisdicciones del país denominado: Comisión Nacional de Alimentos (CONAL), dependiente del Ministerio de Salud. La CONAL es un

organismo técnico con participación de las distintas jurisdicciones del país que asesora, apoya y realiza un seguimiento del Sistema Nacional de Control de Alimentos, establecido por el decreto 815 de 1999. Este organismo tiene la función de realizar el seguimiento respecto del cumplimiento del Código Alimentario y para eso establece distintos grupos de trabajo que se conforman sobre problemas específicos, entre ellos se encuentran: sobre contaminantes inorgánicos, sobre bebidas analcohólicas y sobre la actualización del capítulo XX: Metodología analítica oficial. Estos grupos cuentan con especialistas de distintos organismos nacionales y provinciales. El grupo sobre contaminantes inorgánicos participó en la última modificación del Código Alimentario en lo que refiere al arsénico, los artículos agua 982, 983 y 995. En su reunión ordinaria de septiembre de 2018, Acta 124 de la CONAL, según consta en el anexo 12 se determinó la nueva modificación. Previo a esto, el grupo realizó un relevamiento de 110 muestras de agua de bebida envasada y de los resultados obtenidos, en vista de la posibilidad de realizar tratamiento para la reducción de arsénico, concluyó en ratificar el límite máximo de 0,01 mg/l establecido en el artículo 983 del CAA (Acta 124, anexo 12 de la CONAL).

La resolución conjunta 34/2019 estableció nuevamente un nivel de arsénico (máx. 0,01 mg/l) para el agua potable de suministro público y agua potable de uso domiciliario, pero abrió la posibilidad que, en algunas zonas del país “cuando la composición normal del agua de la zona y la imposibilidad de aplicar tecnologías de corrección lo hicieran necesario” la autoridad sanitaria competente admita valores mayores con un límite máximo de 0,05 mg/l. Esta adecuación de la redacción la promovió el grupo sobre contaminantes inorgánicos de la CONAL, hasta contar con los resultados del estudio Hidroarsenicismo y Saneamiento Básico en la República Argentina. Este estudio se anunció hace varios años y no se ha publicado un informe final aún, aunque según reportes oficiales existen resultados parciales y se efectúa en el ámbito de la ex Subsecretaría de Recursos Hídricos de la Nación.

Para el caso del agua de bebida envasada o agua potabilizada envasada se admite el valor máximo de 0,01 mg/l y también habilita la distribución de agua con otra composición que “deberá consignar en el rotulado la localidad de elaboración y no podrá expendirse fuera de ella” (Resolución conjunta 34/2019).

Así estableció que el “agua mineralizada artificialmente” debe cumplir el nivel de arsénico previsto para el tipo de agua de bebida envasada o agua potabilizada envasada (máx. 0,01 mg/l). En este caso la resolución última redujo notoriamente el valor de arsénico exigido anteriormente (máx. 0,2 mg/l), pero no adoptó lo mismo para el agua mineral que sigue en ese valor. Este valor claramente supera los límites admitidos por la OMS. En el mismo espacio de la CONAL, en su reunión ordinaria N° 127 de abril de 2019 se hizo referencia al nivel máximo de arsénico en

agua mineral y sobre la propuesta de reducir el nivel de arsénico en agua mineral de 0,2 mg/l a 0,05 mg/l.

Esta situación es llamativa dado que el agua embotellada en distintas áreas del país asume la función de un sustituto a la que se distribuye por las redes mediante el servicio público o al agua que se extrae de pozos domésticos dado los niveles de arsénico. En el trabajo de campo realizado en los municipios del interior de la provincia de Buenos Aires San Andrés de Giles, Lobos, Luján, Mercedes y General Rodríguez, durante 2018-2019, se han permitido observar que los hogares adquieren agua embotellada semanalmente como estrategia individual frente al conocimiento de la existencia de niveles de arsénico más elevados en sus regiones. Se observa en las representaciones de parte de la población la consideración que el agua embotellada tiene mejor calidad que el agua de la red, lo cual se nutre de la publicidad que realizan las empresas asociadas a la naturaleza, en la pureza, entre otros aspectos.

El Código Alimentario obliga en el caso de agua de bebida envasada o agua potabilizada envasada que se suministre en recipientes destinados a los consumidores con los materiales aprobados por la misma norma y obliga a que se indique: la denominación mediante las expresiones “agua de bebida embotellada (o envasada)”, “agua potable embotellada (o envasada)”, “agua tratada embotellada (o envasada)”, “agua de mesa embotellada (o envasada)”, “soda en botellas”; la marca registrada, la razón social y domicilio de la planta, tratamiento eventual al que pudo haber sido sometida; número de registro del producto y del establecimiento; fecha de duración máxima que se deberá indicar mediante la expresión “consumir preferentemente antes de (...)”; identificación de la partida o día, mes y año de elaboración; la indicación “gasificada” cuando se le tenga incorporado gas carbónico. Se exceptúa de esta indicación a los productos rotulados “soda” o “soda en botellas” y afirma que “los nombres de fantasía o marcas no serán de fuentes o localidades donde se obtenga o hubiera obtenido agua mineral natural” (artículo 983, incisos a, b, c, d, f, g y h). Así también sostiene que “optativamente se incluirán los datos referidos a la composición química o el resultado de análisis efectuado por la autoridad sanitaria competente en el momento de autorizar el producto y/o los resultados del análisis microbiológico o mencionar que la calidad microbiológica cumple con las normas oficiales” (artículo 983, inc. e).

Además, con la intención de no inducir a los consumidores, la norma no autoriza que se agreguen en las etiquetas “cualquier forma de publicidad imágenes de fuentes, cascadas u otra forma de representación que puedan sugerir agua mineral” (artículo 983, inc. I).

Respecto de las aguas mineralizadas artificialmente, aquellas elaboradas con agua a las que se le adicionan minerales, las empresas tienen que cumplir con

los parámetros microbiológicos y de compuestos químicos y contaminantes establecidos para el agua mineral, a excepción del nivel de arsénico que tiene que cumplir con los requisitos establecidos para el agua de bebida envasada o agua potabilizada envasada. Además, establece que los “nombres de fantasía o marcas no serán de fuentes o localidades donde se obtengan o hubieren obtenido aguas minerales naturales” y se rotulará “agua mineralizada artificialmente con caracteres de buen tamaño realce y visibilidad” (artículo 995, inc. c).

Respecto a las aguas minerales, las empresas están obligadas a informar, además, la “clasificación correspondiente de acuerdo con el grado de mineralización, a la composición y al contenido gaseoso” (artículo 988, inc. e) y les queda prohibido utilizar publicidad que sugiera o atribuya “a un agua mineral natural propiedades de prevención, tratamiento o cura de cualquier tipo de enfermedad en los envases y en los rótulos” (artículo 989, inc. 2).

III.3. Relevamiento exploratorio del mercado de agua embotellada y su impacto en los derechos de los consumidores

De acuerdo con el Código Alimentario Argentino, las empresas que comercializan agua embotellada requieren brindar un conjunto de datos que hacen a la información sobre el proceso de producción involucrado, ya descrita en la anterior sección.

A fines de 2019 se realizó un relevamiento de una muestra de 10 empresas que se desempeñan en el sector de agua embotellada con distintos tipos de agua (mineral, mineralizada, y de mesa solo). Este relevamiento incluyó a las marcas: Eco de los Andes; Glaciar; Nestlé Pureza Vital; Villavicencio; Villa del Sur; Sierra de los Padres; Nihuil; Kin; Ivess y Agua Polar. Estas marcas comercializan agua mineral de manantial, aguas de mesa y aguas mineralizadas dado que utilizan fuentes que incluyen desde agua de manantiales que se originan en la infiltración de la nieve en las sierras de Uspallata y el Cordón de los Paramillos, en el caso del agua Villavicencio, o de manantiales atermales de Mendoza, en el caso de agua Eco de los Andes, hasta agua extraída del Acuífero Puelche en el caso del agua de mesa Nihuil que afronta un proceso de ósmosis inversa para adquirir la calidad que se norma.

En el Cuadro N° 1 se presenta la información relevada de las etiquetas de las marcas: tipo de agua, fuente, y componentes minerales que contiene. Solo en uno de los casos, la marca Agua Polar, ubicada en la provincia de Buenos Aires en el distrito de Moreno, informa a los consumidores el nivel de arsénico que tiene el agua menor a 0,01 mg/l.

Cuadro N° 1: Información provista en las etiquetas de distintas empresas de aguas embotelladas

Marca	Eco de los Andes	Glaciar	Nestlé Pura Vital	Villavicencio	Villa del Sur	Sierra de los Padres	Nihuil	Kin	Ivess	Agua Polar
Tipo de agua	Mineral de manantial atermal	Mineralizada	Mineralizada	Mineral Natural de Manantial Termal	Agua Mineral Natural	Mineral Natural	Agua de mesa	Agua de mesa	Agua de mesa	Agua de mesa
Fuente	Tunuyán, Mendoza	Tunuyán provincia de Mendoza	Tunuyán provincia de Mendoza	Sierras de Villavicencio, Mendoza	Chascomús, Buenos Aires	Sierra de los Padres, provincia de Buenos Aires	Bella Vista, provincia de Buenos Aires	Ciudad Autónoma de Buenos Aires	Isidro Casanova, provincia de Buenos Aires	Moreno, provincia de Buenos Aires, Argentina
Minerales	Calcio, Magnesio, Sodio, Flúor, Potasio, Bicarbonato, Sulfato.	Calcio, magnesio, cloruros y sodio	Bicarbonato, calcio, sodio, fluoruro, sulfato y cloruro	Calcio, magnesio, sodio, potasio, bicarbonato, cloruros, sulfatos y Sílice	Calcio, magnesio, sodio, potasio, fluoruro y bicarbonato	Cloruros, calcio, magnesio, flúor, hierro, sodio, potasio	Cloruros, flúor, manganeso	No informa componentes	Nitratos, calcio, magnesio, sodio, sulfato, cloruros, alcalinidad, dureza total, sólidos totales	Calcio, magnesio, sodio, cloruro, nitrato, nitro, cloro, sulfatos, plomo, cromo, arsénico, cianuro, hierro, fluoruros y bromato

Fuente: elaboración propia.

Desde el ámbito del derecho del consumidor, el artículo 42 de la Constitución Nacional, el artículo 38 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, la ley nacional 24.240 (de defensa del consumidor) de 1993, y la ley 26.994 (en adelante Código Civil y Comercial de la Nación) de 2015, se incorporaron diversos lineamientos vinculados con el derecho que tienen los consumidores a acceder a una información adecuada y veraz. En el artículo 4 de la ley 24.240 se establece que el proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. Algo similar se establece en el artículo 1100 del Código Civil y Comercial de la Nación.

El decreto de necesidad y urgencia 274/2019 regula el régimen en materia de lealtad comercial, que derogó al anterior del año 1983. En el mismo se destaca uno de los supuestos de competencia desleal (que podría aplicársele a las empresas o municipios que brinden el servicio público del agua), que es el acto de engaño sobre la naturaleza, modo de fabricación, características principales y condiciones de los bienes y servicios. En este caso, los consumidores de agua embotellada podrían ser considerados, en algunas situaciones, como engañados y escasamente informados sobre las condiciones del mismo.

IV. El particular caso del noreste de la provincia de Buenos Aires y la percepción de la población

La provincia de Buenos Aires posee una extensión que alcanza los 304.907 km², que es equivalente a 11,1% del territorio argentino, se ubica en el centro-este del país, y se encuentra integrada por 135 partidos. Estos últimos son jurisdicciones político-administrativas de segundo orden y coinciden con las áreas de gobierno local, que son los municipios. En términos demográficos, en 2010 la población total ascendía a 15.762.098, lo cual representa el 38,97 % del país. Por un lado, se encuentran los partidos del Gran Buenos Aires (GBA) o conurbano bonaerense, que están integrados por 24 municipios que rodean a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA). Por el otro lado, se encuentra el interior provincial, conformado por 111 Partidos, donde se localiza el resto de la población (Minaverry y Cáceres, 2016) (Cáceres y Minaverry, 2019). En la provincia de Buenos Aires (contando el área metropolitana y el interior), el alcance del servicio de agua de red es del 75,1% (INDEC, 2010). Estos últimos tampoco se encuentran exentos de sufrir inconvenientes. Así, en ambos casos, millones de personas deben enfrentar diariamente la disyuntiva entre abastecerse con agua de mala calidad o destinar una gran cantidad de dinero para comprarla embotellada. (Cáceres, Minaverry, 2019).

En este contexto de análisis se realizaron encuestas a 175 personas que habitan o trabajan en el casco urbano de los siguientes partidos del noreste de la provincia

de Buenos Aires: San Andrés de Giles, Lobos, Luján, Mercedes y General Rodríguez, desde marzo de 2018 hasta marzo de 2020. Las encuestas fueron realizadas personalmente o en línea, al azar y a todos los encuestados se les solicitó contestar un cuestionario con 13 preguntas vinculadas con diversos aspectos del agua para consumo humano con un formato de múltiple opción y la posibilidad de realizar aclaraciones. Para este trabajo se seleccionaron tres preguntas en particular que se relacionan directamente con la problemática aquí planteada y se presentan en los cuadros a continuación. El Cuadro N° 2 hace referencia a los resultados obtenidos respecto de la siguiente pregunta: ¿Compra agua embotellada?

Cuadro N° 2: Población encuestada que adquiere agua embotellada

		General Rodríguez	San Andrés de Giles	Lobos	Luján	Mercedes
Sí	95	14	16	24	14	27
No	79	20	19	11	21	8
No contesta	1	1				
TOTAL	175	35	35	35	35	35

Fuente: elaboración propia.

Se destaca que la mayoría de los encuestados informó que consumía agua embotellada, aproximadamente el 54% contestó que preferían adquirir dicho producto en lugar del agua de red. Los resultados más altos se detectaron en los partidos de Lobos y de Mercedes que justamente poseen altos niveles de arsénico en su agua de red.

El Cuadro N° 3 hace referencia a los resultados obtenidos respecto de la siguiente pregunta: ¿Ha efectuado un análisis bacteriológico o químico del agua y cuándo?

Cuadro N° 3: Población encuestada que realiza análisis bacteriológico o químico del agua

		General Rodríguez	San Andrés de Giles	Lobos	Luján	Mercedes
Sí	2				2	
Sí, hace 6 meses	3	1		1		1
Sí, hace 1 año	8	2	1	3	1	1
Sí, hace 2 años	5	1	2	1	1	
Sí, hace 3 años	1				1	
Sí, hace 5 años	1				1	
Sí, hace 10 años	1				1	

		General Rodríguez	San Andrés de Giles	Lobos	Luján	Mercedes
Otro	9	3	1	2		3
No	145	28	31	28	28	30
TOTAL	175	35	35	35	35	35

Fuente: elaboración propia.

Según surge de los resultados presentados en el Cuadro N° 3, la gran mayoría de los encuestados no ha realizado análisis bacteriológicos ni químicos del agua de red (el 82%), pero, sin embargo, en el Cuadro N° 2 pudimos ver que sin tener esta información de todas maneras en su mayoría consumían agua embotellada. Ciertamente queda una parte de la muestra que no ha realizado análisis y que tampoco consumía agua embotellada demostrando un alto nivel de indiferencia respecto de la presente problemática.

El Cuadro N° 4 hace referencia a los resultados obtenidos respecto de la siguiente pregunta: ¿Escuchó hablar sobre el arsénico?

Cuadro N° 4: Población encuestada que responde haber escuchado o no, hablar del arsénico en el agua

		General Rodríguez	San Andrés de Giles	Lobos	Luján	Mercedes
Sí	111	22	23	31	15	20
No	62	13	11	4	20	14
NS/NC	2		1			1
TOTAL	175	35	35	35	35	35

Fuente: elaboración propia.

En el Cuadro N° 4 se puede visualizar que la mayoría de los encuestados manifestó que tenía conocimiento sobre la existencia de la problemática de los altos niveles de contaminación por arsénico en el agua de su región.

Se destacan a continuación algunos de las afirmaciones textuales que realizó la población encuestada, como es en el caso del partido de San Andrés de Giles, donde afirmaron que compraban agua embotellada porque:

- “La que provee el servicio tiene mucho cloro”.
- “El agua de red es no apta para consumo”.
- “Por el sarro”.

- “Porque tengo nenes chiquitos”
- “Por falta de confianza en el agua de red”.
- “Porque tiene gusto a cloro”.
- “Porque tiene mejor gusto”.

En la misma pregunta, dos encuestados afirmaron que no compraban agua embotellada porque en sus domicilios poseían agua potable y que podía tomarse sin ningún problema.

En el partido de Lobos también varios encuestados contestaron que no querían consumir el agua de red y que compraban agua embotellada por las siguientes razones:

- “Porque tiene cloro”.
- “Porque tengo niños en casa”.
- “Porque el agua de red tiene arsénico” (fue contestado por 3 personas).

En el partido de Mercedes contestaron que compran agua embotellada porque:

- “Tengo nenes chicos, por seguridad”.
- “Para los clientes”.
- “Vivo en un edificio y no hacen mantenimiento”.
- “Por seguridad, por mi familia”.
- “Porque no confío”.
- “Porque se dice que el agua de red tiene arsénico a un nivel más alto del que debería”.
- “Porque es muy salitrosa”.
- “Porque tiene feo gusto”.

En el partido de General Rodríguez los encuestados justificaron la compra de agua embotellada por las siguientes razones:

- “Porque muchas veces el agua tiene sabor a cloro”.
- “Por seguridad”.

- “Porque no me gusta el sabor del agua”.
- “Para tomar agua en condiciones de ser consumida”.
- “Porque el agua corriente tiene sabor a lavandina”.

En cambio, en el partido de Luján, una gran cantidad de los encuestados contestaron que no compraban agua embotellada y lo justificaron de la siguiente manera:

- “No lo creo necesario” (7 casos).
- “No necesito, uso perforación de agua”.
- “En casa tomo el agua de la canilla y en el trabajo del *dispenser*”.
- “Confío en el agua de red”.
- “Creo que es potable el agua que consumo. Compró agua con gas (soda)”.
- “Porque no puedo costearla y porque el agua corriente es potable”.
- “Uso el agua de la canilla”.

Es relevante destacar que el derecho a la información y su debido acceso a toda la población posee un efecto directo en los resultados obtenidos en las encuestas, en particular en lo vinculado con las justificaciones sobre por qué razón compraban agua embotellada en lugar de consumir la de red. En la mayoría de los casos las respuestas obtenidas por los encuestados no se vinculaban ni con el conocimiento sobre el cumplimiento de los requisitos legales que determina si el agua es potable, ni sobre la existencia de contaminaciones naturales como la de arsénico en determinadas zonas donde se encuentran tramitando causas judiciales y/o donde existen diversos estudios científicos que afirman sobre su existencia. El derecho a la educación ambiental también cumple un papel fundamental en estas problemáticas porque podría brindar herramientas a la población para exigir a los organismos de control públicos correspondientes el control de la calidad del agua embotellada para que sea considerada potable según las recomendaciones internacionales vigentes.

A su vez todo lo planteado en este trabajo se complejizó aún más teniendo en cuenta lo que señala un informe reciente en relación con la situación de aislamiento provocada por el COVID-19 elaborado por el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, en donde se pudo constatar que actualmente existen mayores dificultades para los grupos sociales con mayor vulnerabilidad

o que residen en áreas geográficas menos integradas, que se traducen en problemas relacionados con el acceso al agua potable o que directamente se produce la escasez de la misma para mantener higienizadas a las personas y a las viviendas (Kessler *et al*, 2020).

V. Conclusiones

En las últimas tres décadas se incrementó la mercantilización del agua y, en el ámbito del consumo humano, el agua embotellada se consolidó en un mercado diversificado. En este, el Estado regula la composición que debe contener el agua y las características que deben presentar los envases y los rotulados de los productos que se exhiben. El agua embotellada cuenta con una amplia población que la consume y en las áreas donde la población y distintos actores sociales y económicos acceden a información respecto de la situación del arsénico en el agua que se distribuye en el servicio público o de la que se autoabastecen mediante perforaciones domésticas, el consumo de agua embotellada adquiere relevancia. “El arsénico es un problema en materia de calidad que demanda atención, se trata de un elemento tóxico que se encuentra presente de forma natural, dado la disolución de minerales arsenicosos relacionados con las erupciones volcánicas y a la actividad hidrotermal, especialmente en la Cordillera de los Andes, en los últimos 5 millones de años y que se mantiene actualmente, de forma más atenuada” (Auge, 2009, p. 2).

Frente al debate que se observa respecto a los límites legales de arsénico en el agua para consumo humano y las prórrogas en la adecuación a lo que recomienda la OMS, la Corte Suprema intervino, primero en 2013, en una causa denominada “*Conde, Alberto José Luis y otro contra Aguas Bonaerenses S.A. sobre amparo*” que exigía a ABSA que distribuyera agua con niveles de arsénico menores a 0.01 mg/l. En esa oportunidad señaló:

(...) que los niveles de arsénico en las aguas de consumo humano no deberían exceder bajo ningún concepto el límite establecido en el Código Alimentario Argentino (2007) y las normativas internacionales (WHO) que se ha fijado en 0.01 mg/L. Para el caso de embarazadas, lactantes y niños de hasta 3-4 años la provisión de agua segura, con niveles de arsénico de hasta 0.01 mg/L debería ser obligatoria, ya que se ha demostrado que el arsénico puede producir daños fetales que se expresan en la niñez (CSJN, “*Conde, Alberto José Luis y otro contra Aguas Bonaerenses S.A. sobre amparo*”, 2013, p. 2).

Actualmente las empresas que comercializan agua embotellada no están obligadas a informar el componente de arsénico que tiene, en tanto se encuentra regulada por normativa de larga data y que no sido adecuadamente actualizada

conforme a la realidad ambiental actual. Esto puede interferir con el derecho a la información de los consumidores y a sufrir las consecuencias de la publicidad engañosa los cuales se encuentran garantizados por el artículo 42 de la Constitución Nacional.

Por su parte, la población del noreste de la provincia de Buenos Aires que fue encuestada posee ciertos conocimientos relacionados con el concepto de que el agua embotellada presenta una calidad superior a la de red, cuestión que muchas veces no coincide con la realidad y que condiciona su consumo respecto de dicho producto.

En relación con la regulación jurídica de la problemática planteada en este trabajo se detectaron lineamientos que, en algunos casos, son contradictorios e insuficientes, exhibiendo una situación de debilidad del derecho que no logra proteger a la población exigiendo productos seguros vinculados con la provisión de agua potable. Sumado a todo lo anterior, para la resolución de estas cuestiones el derecho debería contar con la colaboración de un equipo de profesionales y de expertos de carácter interdisciplinario. Todo lo anterior se justifica en la extrema complejidad que presentan las mismas y en que también podrían aportar sus conocimientos para la resolución de las causas y/o para el dictado de políticas públicas.

VI. Bibliografía

Auge, M. (2009) *Arsénico en el agua subterránea*. La Plata. Recuperado de https://manuelmorrone.files.wordpress.com/2015/04/arsc3a9nico-en-el-agua_.pdf

Bruzzone, A. (2000). Informe sobre bebidas. *Revista Alimentos Argentinos*, 12. Dirección de Industria Alimentaria - S.A.G.P. y A. Recuperado de <http://www.alimentosargentinos.gob.ar/contenido/revista/ediciones/12/Bebidas.PDF>

Cáceres, V. y Minaverry, C. (2019). El arsénico en el servicio público de agua en la provincia de Buenos Aires: vulneración de derechos. En C. Minaverry y V. Cáceres (comp.), *Dinámicas sociales, ambientales y turísticas en torno al agua* (pp. 59-77). Los Polvorines: Editorial Universidad Nacional de General Sarmiento.

Castro, J. E. (2009). Apuntes sobre el Proceso de Mercantilización del Agua: Un Examen de la Privatización en Perspectiva Histórica. En A. Santiago Espinoza (ed.), *Justicia Ambiental y Sustentabilidad Hídrica* (pp. 11-29). Bolivia: CESU - UMSS. Recuperado de <https://www.staff.ncl.ac.uk/j.e.castro/CGIAB.pdf>

Comisión de Ciencias Sociales de la Unidad Coronavirus COVID-19, Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de la Nación (2020). *Relevamiento*

del impacto social de las medidas del Aislamiento dispuestas por el PEN. Buenos Aires: Comisión de Ciencias Sociales de la Unidad Coronavirus COVID-19 (MINCYT-CONICET-AGENCIA).

Congreso Argentino de Aguas Subterráneas “Aguas Subterráneas y Desarrollo Humano” (2002) *Arsénico en las aguas subterráneas: su impacto en la salud*. Boca-negra. E., Martínez D., Massone H. Mar del Plata: Universidad Nacional de Mar del Plata. ISBN 978-987-544-063-0.

Congreso Latinoamericano de estudios urbanos (2019). *El desafío de la calidad del agua en el interior bonaerense: el caso del arsénico en 9 de Julio*. Los Polvorines: Editorial Universidad Nacional de General Sarmiento.

Gaiolia, M.; González, D. y Amoedoc, D. (2009). Hidroarsenismo crónico regional endémico: un desafío diagnóstico y de prevención. *Pediatría práctica*, 107 (5) (pp. 459-473). Recuperado de <https://www.sap.org.ar/docs/publicaciones/archivosarg/2009/v107n5a18.pdf> [Fecha de consulta: 14/01/2020].

García, S. (2011). *Hidroarsenicismo Crónico Regional Endémico HACRE: Módulo de Capacitación*. Buenos Aires: Ministerio de Salud de la Nación. Programa Nacional de Prevención y Control de las Intoxicaciones.

Garzonio, O. y Núñez, J. (2012). *La vida sin construcción. Sector Agua y Saneamiento*. Buenos Aires: Cámara Argentina de la Construcción, Área de Pensamiento Estratégico.

Godelier, M. (1974). *Antropología y economía*. Barcelona: Editorial Anagrama.

Instituto Nacional de Tecnología Industrial (INTI) (2011). *Programa Pruebas de desempeño de productos. Aguas de mesa*. Buenos Aires: INTI. Recuperado de www.inti.gov.ar/productos [Fecha de consulta: 03/12/2019].

Kessler, G. et al (2020). *Relevamiento del impacto social de las medidas del Aislamiento dispuestas por el PEN*. Comisión de Ciencias Sociales de la Unidad Coronavirus COVID-19, CONICET. Recuperado de https://www.conicet.gov.ar/wp-content/uploads/Informe_Final_Covid-Cs.Sociales-1.pdf

Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda (2017). *Plan Nacional de Agua Potable y Saneamiento. Cobertura Universal y Sostenibilidad de los servicios. Lineamientos y principales acciones*, 2da ed. Buenos Aires.

Minaverry, C. y Cáceres, V. (2016). La problemática del arsénico en el servicio de agua en la provincia de buenos aires, argentina. Análisis de casos jurisprudenciales. *Rev. Int. Contam. Ambie*, 32 (1) (pp. 69-76). Recuperado de <https://www.>

researchgate.net/publication/305356266_La_problemativa_del_arsenico_en_el_servicio_de_agua_en_la_provincia_de_Buenos_Aires_Argentina_Analisis_de_casos_jurisprudenciales [Fecha de consulta: 15/01/2020].

OMS (2006). *Guías para la calidad del agua potable, tercera edición: Volumen 1 - Recomendaciones*. Ginebra, Suiza: Ediciones de la OMS.

ONU (2010). El derecho al agua. *Folletos informativos sobre los derechos humanos* (35). Recuperado de <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf> [Fecha de consulta: 14/04/2020].

Red de Seguridad Alimentaria Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (2018). *Informe Final. Arsénico en el agua*. Recuperado de <https://rsa.conicet.gov.ar/wp-content/uploads/2018/08/Informe-Arsenico-en-agua-RSA.pdf> [Fecha de consulta: 10/04/2020].

Titto, E. (2011). Prólogo. En Programa Nacional de Prevención y Control de las intoxicaciones, *Hidroarsenicismo Crónico Regional Endémico HACRE: Módulo de Capacitación*. 1ra. ed. Buenos Aires: Ministerio de Salud de la Nación.

Villaamil Lepori, E. y Federación Bioquímica de la Provincia de Buenos Aires (2015). Hidroarsenicismo crónico regional endémico en Argentina. *Acta Bioquímica Clínica Latinoamericana*, vol. 49 (1) (pp. 83-104). Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/535/53541285009.pdf> [Fecha de consulta: 14/01/2020].

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12/11/2013, “*Conde, Alberto José Luis y otro contra Aguas Bonaerenses S.A. sobre amparo*”. Recuperado de <http://www.patagonia3mil.com.ar/wp-content/uploads/documentos2/suprema.pdf> [Fecha de consulta 16/01/2020].

Fecha de recepción: 30-03-2020

Fecha de aceptación: 08-09-2020

El proceso colectivo ambiental: una caracterización *sui generis*

POR **MATÍAS OSCAR MUÑOZ**(*)

Sumario: I. Los procesos colectivos en general.- II. Acciones de clase y proceso ambiental.- III. Los precedentes de la Corte argentina y las facultades del juez.- IV. El caso España: un ejemplo comparado.- V. Conclusión.- VI. Bibliografía.

Resumen: los procesos colectivos en Argentina cuentan con determinadas reglas que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha delineado tanto en sus acordadas como en sus sentencias, debido a la mora legislativa en reglamentar estos procesos por parte del Congreso Nacional. El proceso ambiental aparece como un caso particular, disociado de la acción de clase adaptada al derecho argentino, en el que el máximo tribunal reconoce en el juez ciertas herramientas exorbitantes en virtud del bien jurídico protegido. Este aspecto parece abrir camino a un proceso *sui generis*, con sus propias reglas pretorianas que la Corte reitera a los jueces de grado en sus casos emblemáticos.

Palabras clave: procesos colectivos - acciones de clase - ambiente

(*) Abogado. Esp. en Derecho Ambiental y Doctorando, Universidad de Buenos Aires (UBA). Prof. Adjunto de la Universidad Argentina de la Empresa (UADE). Prof. Adjunto de la Universidad de Ciencias Sociales y Empresariales (UCES). Jefe de Trabajos Prácticos de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Investigador del Instituto de Ciencias Sociales y Proyectuales (INSOD-UADE). Investigador del Instituto Lucas Ambrosio Gioja (UBA). Dir. de Proyecto de Investigación (UADE). Miembro de Proyecto de Investigación (UBACYT 2018; Binacional CONICET 2018).

The collective environmental process: a sui generis characterization

Abstract: *the collective processes in Argentina have established rules that the Supreme Court of Justice of Argentina has outlined both in its agreements and in its judgments, due to the legislative delay in regulating these processes by the National Congress. The environmental process appears as a particular case, disassociated from the class action adapted to Argentine law, in which the highest court recognizes in the judge certain exorbitant tools under the protected legal right. This aspect seems to open the way to a sui generis process, with its own Praetorian rules that the Court reiterates to the judges of degree in their leading cases.*

Keywords: *collective processes - class actions - environment*

I. Los procesos colectivos en general

Los procesos colectivos —también denominados acciones colectivas, acciones de clase, etc.— tienen una breve pero intensa tradición en el derecho argentino. En efecto y si bien la Constitución reformada en el año 1994 trajo aparejada la recepción explícita de ciertas mutaciones ocurridas con carácter previo a su modificación, lo cierto es que el campo de los derechos colectivos (con especial énfasis en materia ambiental) el gran debate jurisprudencial —en todas las instancias jurisdiccionales— ocurría en cuanto a la legitimación de uno o varios sujetos arrogándose la representación de otros o bien respecto a la defensa de bienes colectivos.

En particular, en el campo del derecho ambiental, los precedentes (1) fueron haciendo lugar a pretensiones invocadas en defensa del ambiente, en un tiempo en el cual afloraba la materia en virtud de las Conferencias Internacionales (Estocolmo 1972 y las subsiguientes celebradas en Río de Janeiro 1992, 2002, 2012 respectivamente). Es importante señalar que el precitado “Kattan”, uno de los más novedosos precedentes de aquel momento (en el cual el ambiente aún no tenía la preponderancia actual, pero comenzaba a ganar territorio) hace explícita referencia a Estocolmo:

En la Argentina tenemos una ley (22.421), que protege la fauna silvestre; esta normativa sigue el espíritu de la Conferencia de Estocolmo (P. N. U. M. A. 1972), pero aquí, como en otros lugares del mundo, las leyes, por un motivo u otro, no se han puesto en práctica; las Convenciones no se ratifican; los organismos no cuentan con fondos suficientes para llevar a cabo sus altruistas fines. Puede decirse que en muchas partes del mundo no se es consciente de la gravedad del problema,

(1) CNFed. Cont. Adm., sala III, 08/09/1994, *in re*, “Schroder, Juan c. Estado Nacional - Secretaría de Recursos Naturales”; Juzg. Nac. en lo Cont. Adm. Federal, “Kattan”, 10/05/1983, La Ley, 1983-D, 576, entre muchos otros.

sea por desconocimiento, negligencia o irresponsabilidad (ver Declaración de Organizaciones no Gubernamentales en Sesión de Carácter Especial del Consejo de Administración del P. N. U. M. A. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente-Nairobi, mayo de 1982) (Fallo citado, Considerando IV).

En otro orden de cosas, en el año 1993 se dictaba la Ley de defensa del consumidor N° 24.240. Este estatuto se asomaba tímidamente en el ámbito del derecho privado y su carácter de orden público (conforme artículo 65) no tuvo lugar hasta entrada de la década del 2000. En el año 2008 la ley N° 26.361 incorporó las acciones de incidencia colectiva (artículo 27 de la ley; actual artículo 54 de la ley 24.240), señalando el carácter *erga omnes* de la sentencia y permitiendo el *opt out* para aquellos usuarios o consumidores que con carácter previo al dictado de la sentencia *manifiesten su voluntad en contrario* (artículo 54, segundo párrafo ley 24.240).

Los dos pilares entonces del derecho colectivo serían, por un lado, el ambiente (bien colectivo indivisible) y el derecho de los consumidores y usuarios (afectación a grupo o clase, bien colectivo divisible). En torno a ellos la Corte señalaría más tarde la existencia de dos procesos: un proceso referido a bienes colectivos (*v.gr.* ambiente) y un proceso con cierta similitud a la acción de clase norteamericana denominado proceso colectivo “referido a intereses individuales homogéneos”.

Es menester señalar que los derechos de incidencia colectiva suponen un catálogo abierto. Es decir, si bien los dos pilares arriba señalados suelen ocupar gran parte del repertorio jurisprudencial, lo cierto es que siempre pueden surgir nuevas manifestaciones de derechos colectivos, como lo fue la discriminación racial o étnica en la *class action* norteamericana del siglo pasado. En nuestro país —por dar un ejemplo— el derecho previsional es fuente de procesos colectivos.

En este tipo de acciones, si se configura el colectivo o clase, hay derecho. Es decir, de la aceptación de la acción depende la cristalización del derecho. Su rechazo —por ende— significará la desaparición de este. En este punto tiene mucho que ver la claridad con la cual se presente ante el magistrado la clase o grupo afectado (certificación de la clase) o bien se caracterice el bien colectivo. En tal sentido, basta señalar lo sucedido con las sendas acciones de clase presentadas —a criterio de quien escribe, negligentemente— en virtud de los aumentos tarifarios en materia de energía (2), o bien —con carácter más reciente— respecto de cuestiones previsionales (3).

(2) *In re* “Abarca, Walter José y otros c/ Estado Nacional - Ministerio Energía y Minería y otro s/ Amparo ley 16.986” FLP 1319/2016, entre muchos otros.

(3) Juzgado Fed. Seg. Social N° 9 - 03/03/2020, “Lezaun, Silvia Inés y Otro c. ANSES s/ amparos y sumarísimos”.

En el próximo apartado hablaré respecto a ciertas características que la Corte ha impreso al Proceso Ambiental, al cual definiré siempre como “colectivo” en virtud del bien afectado y siempre que hablemos de daño directo.

II. Acciones de clase y proceso ambiental

Las acciones de clase tienen larga tradición en el derecho norteamericano y han sido objeto de alabanzas por sus características: propenden a la economía procesal, colaboran con la concentración y el acceso a la justicia y —además— sirven para democratizar la jurisdicción con asuntos que de otro modo no hubiesen tenido lugar en los tribunales, disminuyendo los costos notablemente. También han sido criticadas debido al argumento contramayoritario en la revisión judicial de decisiones parlamentarias (planteado en su momento por Bickel) que se ve derribado —entre otros— en el precedente *Carolene Products* (4) y también por el *lobby* o presión del sector empresario. Desde su instauración en 1938, la Regla 23 sufrió una enmienda relevante en 1966 y otras de carácter menor en 1987, 1998, 2005 y 2009.

El máximo tribunal argentino dijo haber acogido dichas reglas en su precedente “Halabi” (5) y en virtud de una categoría existente en el artículo 43 de la Constitución Nacional, parafraseo mediante de los fallos “Siri” (6) y “Kot” (7) y echando mano a la operatividad de las garantías constitucionales. No obstante, si se examina cuidadosamente aquel precedente (y los subsiguientes en la materia) se notará que tal sentencia no es un mero trasplante o aplicación automática de la mencionada Regla 23, toda vez que aquella prevé distintos mecanismos para su presentación, dependiendo de la materia y las circunstancias del caso y en el supuesto argentino solo se prevé el supuesto de encontrarse ante los llamados “intereses individuales homogéneos” señalados por el citado artículo 43 de la ley fundamental. En este sentido, “Halabi” solo adopta los requisitos fundamentales o generales de la Regla 23: numerosidad, cuestión fáctica común, tipicalidad y adecuada representación (Considerando 17), aunque sin distinguir entre materias como lo hace la regla norteamericana.

Por otra parte, no se trataría del mismo caso según se trate de esta categoría respecto de otras como ser la ambiental (bien colectivo por excelencia), excepto que se trate del daño ambiental denominado “indirecto” que afecta a una clase o

(4) U.S., S.C., “United States v. Carolene Products Co.” 304 US 144 (1938).

(5) CSJN, “Halabi, Ernesto c. PEN - Ley 25.873 - dec. 1563/2004 s/ amparo ley 16.986”, H.270.XLII, 24/02/2009.

(6) CSJN, 27/12/1957, “Siri, Ángel”, 239:459 - JA 1958-II-478 60000002.

(7) CSJN, “Samuel Kot S.R.L.” - 05/09/1958 - La Ley 92, 626, AR/JUR/2/1958.

grupo, tal como el mismo cuerpo jurisdiccional dejó entrever en “Mendoza” (8), “que más allá de lo expresado, cabe señalar con respecto a dicha pretensión que, si bien, eventualmente, podrían ser calificados como intereses individuales homogéneos, en razón de que podría haber un solo hecho ilícito que cause lesiones diferenciadas a los sujetos peticionantes, ello no surge de la demanda, en la medida en que, por el contrario, menciona diferentes supuestos de causación” (considerando 17, causa “Mendoza”).

Luego, la Corte argentina emitió dos acordadas (9) a efectos de reglamentar los procesos colectivos en general, cuestión que aparece más como el asalto a una prerrogativa exclusiva del Congreso Nacional y no como un mero ordenamiento de los tribunales inferiores en virtud de la incompatibilidad existente entre los códigos de rito vigentes y las reglas propias de las acciones colectivas.

El proceso ambiental —que no fue regulado en la acordada 12/2016, reservada para acciones de clase propiamente dichas— aparece entonces con determinadas características que lo presentan como una acción *sui generis* dentro de los procesos o acciones colectivas en general: facultades especiales de los jueces, aplicación de reglas propias de la materia y sentencias con ejecución monitoreada, son algunas de las notas particulares que la Corte reitera en sus precedentes.

III. Los precedentes de la Corte argentina y las facultades del juez

Entre las sentencias más resonantes de la Corte, sobre las cuales se ha escrito por demás (en honor a la brevedad me remito a ello) se encuentra el citado *leading case* “Mendoza”. Dicho decisorio, que trató sobre un bien natural históricamente degradado, fue el puntapié para elaborar una doctrina propia del proceso ambiental. Luego de hacer referencia al daño indirecto (aquel que es causado al ser humano cuando se degrada al ambiente, también denominado “de rebote”) el máximo tribunal argentino señaló la importancia que tiene la protección del ambiente y su sostenibilidad:

La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo

(8) CSJN, “Mendoza Beatriz c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios”, M.1569.XL, 20/06/2006.

(9) Acordada 32/2014 (Registro de acciones colectivas) y 12/16 (Reglamento de actuación).

está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y **de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales** (10) (Considerando 18, “Mendoza”).

Los precedentes que siguieron a aquel, con algunas excepciones en criterio de quien suscribe, como ser el fallo “Ramírez” (11), en el cual el dictamen del procurador —que la Corte hizo suyo— omitió tratar la cuestión ambiental involucrada, fueron en alguna medida una reproducción de carácter docente hacia los tribunales inferiores, a efectos de que aquellos consideren las herramientas y facultades con las que cuentan ante un caso en el que se encuentra en juego la afectación al ambiente. Estas facultades no son meramente pretorianas, sino que se derivan de la aplicación armoniosa que hace la Corte del Artículo 41 de la Constitución Nacional y de la Ley general del ambiente N° 25.675.

Entre otros, el fallo “Kersich” (12), que resulta en una comunión cuestiones ambientales y de consumo (trató sobre el consumo de agua contaminada con alto contenido de arsénico) y que aparece como una clara acción de clase, tiene importantes consideraciones sobre el carácter de director del juez cuando el ambiente se ve afectado. En efecto, la Corte señaló en aquel decisorio:

Que los jueces de la causa no aplicaron las reglas del proceso colectivo previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional, cuyas características principales y modalidades fueron enunciadas por esta Corte Suprema en el caso “Halabi” (Fallos: 332:111) y mantenidas consistentemente en los casos (...). Esta deficiencia se patentiza cuando el juez de primera instancia, pese a calificar al presente como amparo colectivo, recurrió a reglas procesales incompatibles con ese tipo de proceso, soslayando las consecuencias negativas que tal temperamento ocasionaría en el normal trámite de la causa. Máxime cuando la provincia de Buenos Aires dispone de normativa específica (con base en el artículo 20 de la Constitución Provincial, en especial, ley 13.928, con modificaciones introducidas por ley 14.192) que aplicada armoniosa y sistemáticamente, y de acuerdo con los principios rectores de la Ley general del ambiente, hubiese impedido la violación palmaria del de-

(10) El destacado me pertenece.

(11) CSJN, R. 1398.XLI. “Ramírez Juan Carlos c/ Entidad Binacional Yacretá s/ Daños y Perjuicios” (2007).

(12) CSJN, “Kersich Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/amparo”. Fallo 42/2013 (49-K).

recho de defensa en juicio de la agencia estatal demandada (considerando 9, “Kersich”).

Con el mismo sentido, la corte se refirió a la importancia del ambiente y del agua en particular:

En el campo de los derechos de incidencia colectiva es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia. Por esta razón es que en muchos instrumentos internacionales se menciona la tutela del derecho al agua potable. En este sentido, la resolución A/RES/64/292, del 30/07/2010, de Naciones Unidas, declaró el derecho al agua potable y el saneamiento como derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos. La “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” (1979), artículo 14, párr. 2 y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” del 17/11/1988, predicen que toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano y a contar con los servicios básicos; la “Convención sobre los Derechos del Niño”, artículo 24, 2º párr. (1989), exige a los Estados Partes que luchen contra las enfermedades mediante el suministro de agua potable salubre. De otro lado, es de recordar que en el mes de septiembre de 2000 los dirigentes de todos los países se comprometieron en la Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas a reducir a la mitad para el año 2015 la proporción de personas que carecían de acceso al agua potable o que no podían costearla. Y que en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de 2002, celebrada en Johannesburgo, se acordó un objetivo similar para reducir a la mitad, también para el año 2015, las cifras de personas sin saneamiento básico (...) (considerando 12, “Kersich”).

Sobre este punto la Corte volvería en el litigio histórico entre la provincia de La Pampa y la provincia de Mendoza por el Río Atuel (13):

El ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario.(...) En el sub examine el desentendimiento entre las provincias de La Pampa y Mendoza se

(13) CSJN, 243/2014 (50-L) ICS1, “La Pampa Provincia de c/ Mendoza Provincia de s/ uso de aguas”.

ha mantenido durante décadas, siendo necesario encontrar una eficaz canalización' racional de la disputa que evite escenarios de ahondamiento de las desavenencias; **con mayor razón aun cuando en la causa se dirime una cuestión constitucional de la mayor relevancia, como lo es la preservación del ambiente y su sustentabilidad intergeneracional** (artículo 41 de la Constitución Nacional), en el que se halla comprometido el interés general (doctrina del artículo 32 de la ley 25.675) (14) (Considerando 8, "La Pampa c. Mendoza").

En relación con las facultades, es interesante lo señalado en "Fundación Ciudadanos Independientes" (15): "que de tal manera, el tribunal como custodio que es de las garantías constitucionales, y con fundamento en la Ley General del Ambiente, en cuanto establece que 'el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general' (artículo 32, ley 25.675)" (Considerando 5º, "Fundación Ciudadanos Independientes").

Entre las decisiones más recientes de la Corte se encuentra "Majul" (16), en el cual se produjo —nuevamente— tensión entre desarrollos inmobiliarios y ambiente (Muñoz, 2019) y allí se desarrollaron principios como el *in dubio pro aqua* o *in dubio pro natura* (que pueden también ser caracterizados como sub principios del precautorio) y que suponen que en caso de duda se debe estar en favor del ambiente y del agua, recurso vital para el ser humano. Desde el punto de vista de la Corte Argentina, el Tribunal Superior de Justicia de Entre Ríos, además de soslayar la correcta aplicación del principio precautorio (Ley general del ambiente 25.675, artículo 4º) omitió considerar el derecho a vivir en un ambiente sano, máxime cuando se encuentra en juego la protección de los humedales, en razón de los servicios ecosistémicos que prestan y que la propia constitución provincial protege.

IV. El caso España: un ejemplo comparado

En Europa existe un evidenciado rechazo a la acción de clase, o al menos a su trasplante en las condiciones que propone el sistema norteamericano. Particularmente existen diferencias sobre la legitimación, y el manejo de casos en los cuales de daños a nivel masivo (Kocher, 2011). Sin perjuicio de lo expuesto, en

(14) El destacado me pertenece.

(15) CSJN, 121/2009, "Fundación Ciudadanos Independientes c/ San Juan y otros s/ acción ambiental meramente declarativa".

(16) CSJN, 714/2016/RH1, "Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental".

materias como derecho del consumidor y derecho ambiental la tendencia parece revertirse, siendo el diseño de procesos colectivos un importante desarrollo en la jurisprudencia comunitaria, así como en la de los miembros de la UE.

En España, como ejemplo del caso europeo puede señalarse que la legislación —y en una misma línea, la jurisprudencia— española y comunitaria no contemplan acciones de clase *stricto sensu* (es decir, aquellas acciones nacidas en Norteamérica —sin perjuicio de su origen histórico—, a tenor de la Regla 23), sino que, de manera detallada y restrictiva, comprende legitimación colectiva para la tutela de determinados bienes jurídicos, particularmente en la esfera civil para casos de consumo (por intermedio de la Ley de enjuiciamiento civil (17)), y en la órbita administrativa, para aquellas afectaciones al medio ambiente (a través de una profusa normativa, encabezada a nivel local por la Ley de responsabilidad medioambiental (18)).

Es menester señalar que, cuando se trata de medio ambiente, la concepción difiere de aquella que prevé la legislación argentina, tanto en la interpretación pretoriana que se hace de la disposición constitucional (conf. artículo 41-43 CN), así como también en referencia a las disposiciones de la Ley general del ambiente N° 25.675, que contempla una definición *amplia* sobre el ambiente como bien colectivo (conf. artículo 2º, inc. a de la precitada ley).

En efecto, en la legislación y jurisprudencia española comparada, medio ambiente involucra solo a los recursos naturales (Rodríguez Betancor, 2011) tal como lo define la ley de responsabilidad medioambiental 26/2007.

Por otra parte, en cuestiones medioambientales (así como referidas a urbanismo, que trataría en parte también casos de afección al ambiente no-natural) el fuero es eminentemente administrativo (Pardo, 2008), con recursos frente a actos, omisiones y/o actuación de la administración en la órbita jurisdiccional del contencioso-administrativo (conf. Ley de responsabilidad medioambiental 26/2007), pero si se trata del daño indirecto provocado por la afectación al medio ambiente, dicha reclamación procederá por la vía ordinaria civil, donde se reclamarán los daños que tengan lugar por derecho. También existen acciones directas que pueden interponerse en el fuero contencioso-administrativo (por ejemplo, la denuncia de un delito ambiental; cuando hay afectaciones a la salud, etc.), sin necesidad de una actuación administrativa previa.

Efectuada dicha aclaración y retomando la línea referida a procesos colectivos en general, debe señalarse que los mismos no cuentan con un andamiaje único

(17) Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE-A-2000-323.

(18) Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental. BOE-A-2007-18475.

(consumo, ambiente, discriminación, etc.), sino que dependerá de cada materia para evaluar la ley aplicable y la legitimación colectiva.

En este sentido, no cuentan con un dispositivo comunitario, constitucional o bien legislativo en general, que trate sobre derechos de incidencia colectiva, sin perjuicio de las acciones populares que reconocen de manera aislada algunas leyes. Asimismo, la interpretación de determinadas normas obrantes en la Constitución de España no cuenta con una operatividad efectiva, sino que dependen de actos legislativos reglamentarios. En dicha línea, el artículo 45 CE (19), que dispone el derecho de disfrute al medio ambiente “adecuado para el desarrollo de la persona”, así como también “la obligación de preservarlo”, es interpretado doctrinal y jurisprudencialmente excluidos del amparo constitucional y se señala por tanto, que dicho precepto se encuadra como “principio Rector de la política social y económica” y que de acuerdo con el artículo 53 CE, “solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen” (Lozano Cutanda, 2010). La Jurisprudencia ha tenido una visión similar sobre el punto (20).

No obstante, que la constitución configure el medio ambiente como bien colectivo informador del ordenamiento no significa que su proclamación en el texto constitucional carezca de operatividad normativa. Es decir, también se ha señalado que no se trata de una “mera invitación” (21).

En cuanto a las competencias (Lasagabaster Herrarte *et al.*, 2014) es interesante también señalar el reparto de estas entre los diferentes entes públicos involucrados, en particular en relación con el ambiente, legislación que debe trasponerse desde la Unión Europea (reglamentos, directivas y decisiones), así como la Competencia Exclusiva del Estado (ordenamiento estatal: artículo 149 1 23 de la CE) para dictar legislación básica sobre protección del medio ambiente. Al respecto, las Comunidades Autónomas solo pueden dictar normas adicionales o complementarias de protección, respetando el *piso* o base determinado por la legislación estatal. Así también lo ha entendido el Superior Tribunal (22).

(19) Constitución Española. BOE-A-1978-31229.

(20) “No todos los preceptos constitucionales, sino exclusivamente aquellos a los que expresamente se refiere el artículo 53.2 de la Constitución, contienen principios o derechos susceptibles de protección a través del recurso de amparo”. Tribunal Constitucional. Sentencia 4/1989 de 18 de enero y, en el mismo sentido, Sentencia 161/1987 de 27 de octubre.

(21) “No hay en la Constitución normas meramente programáticas, sino que todos sus preceptos encierran un mandato preciso que vincula en sus propios términos a todos los poderes constitucionales”. Tribunal Constitucional Español. Sentencia del 2/2/1981.

(22) Entre otras, sentencia del Tribunal Constitucional STC 166/2002.

En materia de procesos colectivos resulta menester señalar aspectos íntimamente vinculados, como ser: a) el acceso a la justicia o jurisdicción y b) la legitimación. Este tema ha sido largamente tratado en el ámbito de la Unión Europea (*v.gr.* Comunicación 2017/C 275/01 de la Comisión relativa al acceso a la justicia en materia medioambiental), a fin de armonizar distintas legislaciones y culturas jurídicas de los Estados parte. Se han emitido importantes Reglamentos y Directivas UE, como también en su rol interpretativo (conf. Tratado de Funcionamiento de la UE), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó sentencias donde precisa los requisitos de acceso a la justicia.

Con relación a bienes colectivos, el ambiente es por excelencia uno de los mejores ejemplos expositivos. En este aspecto, el acceso a la justicia resulta fundamental para poder hacer valer las disposiciones protectorias de dichos bienes, que, por ser de carácter público, en muchas ocasiones no encuentran debido resguardo, ya sea por interés, por falta de potestades (legitimación), o por los costos que implica el litigio ambiental, particularmente en lo relacionado a los aspectos probatorios.

Por ello, se ha hecho hincapié reiteradamente en el acceso público a la información, a la participación y al debido acceso a la jurisdicción (Razquin Lizarraga y Ruiz de Apodaca, 2007). En efecto, el Tratado de *Aarhus* (aprobado mediante decisión del Consejo 2005/370/CE) ha sido un importante apuntalamiento de dichos pilares, que los Estados parte debieron trasponer en sus ordenamientos (23). España hizo lo propio a través de la ley 27/2006 (24). Dicha disposición contiene mecanismos para la participación ciudadana, el acceso a la información por parte del público —incluyendo un andamiaje procesal a tales efectos—, así como también una referencia (aunque escueta) al acceso a la justicia en cuestiones medioambientales.

En relación con la legitimación, puede concluirse que, si bien existen mecanismos asemejables a la acción de clase, en rigor de verdad la legitimación frente a pretensiones colectivas resulta acotada a asociaciones u ONG que cumplen los requisitos de ley, pero no ha individuos que componen una clase o grupo.

(23) Argentina suscribió el similar acuerdo de “Escazú” elaborado para América Latina y el Caribe. Ver Ruiz de Apodaca y Muñoz, 2019.

(24) Ley 27/2006 de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE). BOE-A-2006-13010.

V. Conclusión

A modo de corolario puede señalarse que el proceso ambiental argentino es —a ojos del máximo tribunal nacional— un caso *sui generis*, que ostenta sus propias reglas y principios y donde las decisiones del juez son flexibles y no se encuentran estrictamente atadas a reglas pétreas.

Estas reglas que orientan al proceso ambiental como tal, diferenciado de la acción de clase norteamericana, la cual es reservada para atender a los llamados “intereses individuales homogéneos” en los que una causa fáctica común afecta a un grupo o clase, tiene origen en la interpretación pretoriana de la ley general del ambiente, norma que reglamenta el artículo 41 de la Constitución Nacional y que resulta directriz para las restantes normas de presupuestos mínimos.

Esa interpretación de la Corte da lugar en el caso ambiental a que el juez pueda hacer uso de reglas de mayor latitud a efectos de proteger el ambiente: las cuestiones ambientales no admiten restricciones en el acceso a la jurisdicción y su tratamiento y el juez ambiental aparece como un verdadero director del proceso, en el cual puede ordenar toda medida que considere necesaria para probar el daño ambiental a efectos de preservar a este bien jurídico.

En otros sistemas comparados, como por ejemplo el caso español, donde influye por supuesto el panorama europeo general en cuanto a procesos colectivos, la visión del ambiente resulta aún acotada. En efecto, a diferencia de nuestro sistema, el concepto de medio ambiente es particularmente restringido a recursos naturales, ocupándose el urbanismo de otras cuestiones relacionadas al entorno. Esta cuestión tiene efectos en cuanto a la jurisdicción aplicable y a la legitimación, solo reservada ante el daño ambiental para organizaciones no gubernamentales (v.gr. asociaciones debidamente conformadas) pero no para el resto de los ciudadanos. De aquí puede derivarse que, de los tres pilares del derecho ambiental comunitario de acuerdo con el Convenio de Aarhus, el acceso a la justicia sea el que menor avance evidenció.

En virtud de lo señalado —y a modo de corolario— puede decirse que el proceso ambiental argentino reviste ciertas características que lo hacen único en su género, contrastando la virtud de reconocer en el juez ambiental amplias facultades para la protección del bien ambiental así como la amplia legitimación para la ciudadanía, con cierta incertidumbre subsistente para los justiciables, en tanto existe aún —en razón de su aún joven desarrollo— necesidad de formación de magistrados inferiores respecto a la materia ambiental. En este sentido, he omitido tratar, en honor a la brevedad, aspectos relacionados a la necesidad —o no— de especializar los fueros como ocurre en algunos supuestos locales y regionales.

VI. Bibliografía

Bidart Campos, G. (2001). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, tomos I y II. Buenos Aires: Editorial Ediar.

Cafferatta, N. (2014). *Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Suplemento especial nuevo Código Civil y comercial. Cita online <http://www.laley.thomsonreuters.com/AR/DOC/3833/2014>. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Freer, R. y Collins Perdue, W. (2005). *Civil Procedure. Cases, materials and questions. Fourth edition*. ISBN: 0-8205-6238-6. Estados Unidos: Editorial Lexis Nexis.

Fiss, O. (1996). La teoría política de las acciones de clase. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 1, N° 1 (pp. 5-12). Buenos Aires: Universidad de Palermo. Recuperado de https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n1N1-Abril1996/011Juridica02.pdf

Giannini, L. (2015). La necesidad de una reforma integral de la Justicia colectiva. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: La Ley. Recuperado de http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/50665/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1

Gil Domínguez, A. (2004). Los derechos colectivos como derechos fundamentales. En G. Bidart Campos y A. Gil Domínguez (coords.), *A una década de la reforma constitucional*. Buenos Aires: Editorial Ediar.

Gidi, A. y Ferrer Mac-Gregor, E. (2003). *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en una perspectiva comparada*. México: Editorial Porrúa.

Hantke-Domas, M. (2011). *Avances legislativos en gestión sostenible y descentralizada del agua en América Latina*. Santiago de Chile: CEPAL. Recuperado de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3942/S2011130_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Kocher, E. (2011). Collective rights and collective goods: enforcement as collective interest. En J. Steele y W. Van Boom, *Mass Justice. Challenges of representation and distribution* (pp. 118-137). ISBN: 978-1-84980-506-3. Inglaterra: Edward Elgar Publishing Limited.

Lasagabaster Herrarte, I.; García Ureta, A. y Lascano Brotóns, I. (2007). *Derecho Ambiental*, Segunda Edición. Bilbao: Editorial Lete.

Lazarus, R. (2004). *The making of environmental law*. Chicago: The University of Chicago Press.

Lee, R. y Stech R. (2011). Access to environmental justice in England and Wales: funding representation for court reviews of administrative action. En J. Steele y W. Van Boom, *Mass Justice. Challenges of representation and distribution* (pp. 138-190). ISBN: 978-1-84980-506-3. Inglaterra: Edward Elgar Publishing Limited.

Lorenzetti, R. (2008). *Teoría General del Derecho Ambiental*. Buenos Aires: La Ley.

Lorenzetti, R. (2010). *Justicia Colectiva*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Losardo, M. F. (2015). Creación pretoriana de las acciones de clase, la problemática de la objeción contramayoritaria al órgano judicial y los diferentes modos de superarla ante la mora del legislador. *Revista Lecciones y Ensayos*, N° 94. Buenos Aires: Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Lozano Cutanda, B. (2007). *Derecho Ambiental Administrativo*. 8va. ed. revisada y actualizada. Madrid: Editorial Dykinson SL.

Morello, A. (1994). El proceso civil colectivo. *Revista Themis*, N° 30. Lima: Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Nino, E.; Maurino, G. y Sigal, M. (2006). *Las acciones colectivas*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.

Pardo, J. E. (2008). *Derecho del medio ambiente*. 2da. ed. Madrid: Editorial Marcial Pons.

Pardo, J. E. (2014). *Lecciones de Derecho Administrativo*. 4ta. ed. Madrid: Editorial Marcial Pons.

Peces Morate, J. E. (2017). La Justicia en el urbanismo y el medio ambiente ¿Se cumplen las sentencias? *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. ISSN 1139-4978 (pp. 323-342). Madrid: Editorial RDU.

Peñalver I Cabré, A. (2013). Las pretensiones en el contencioso-administrativo para la efectiva protección de los intereses colectivos. *Revista de Administración Pública*, N° 190 (pp. 149-194). ISSN: 0034-7639. Madrid.

Peñalver I Cabré, A. (2014). El derecho humano al medio ambiente y su protección efectiva. *R.V.A.P.*, N°. especial 99-100 (pp. 2333-2357). ISSN: 0211-9560. Madrid.

Percival, R.; Schroeder, C.; Miller A. y Leape, J. (2006). *Environmental Regulation. Law, Science and Policy*. 5th ed. Estados Unidos: Aspen publishers.

Peyrano, J. y Eguren, M. (2007). *La batalla por la entronización legal de la medida autosatisfactiva*. JA IV-1450. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Pino Miklavec, N. (2013). *La tutela judicial administrativa de los intereses ambientales. Estudio comparativo de los ordenamientos español y argentino*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.

Plaza Martin, C. (2006). *Derecho Ambiental de la Unión Europea*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

Razquin Lizarraga, J. y Ruiz de Apodaca Espinosa, A. (2007). *Información, Participación y Justicia en Materia de Medio Ambiente. Comentario sistemático a la Ley 27/2006 de 18 de Julio*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.

Rodríguez Betancor, A. (2014). *Derecho Ambiental*. Madrid: La Ley.

Ruiz de Apodaca Espinosa, A. y Muñoz, M. (2019). El acuerdo de Escazú. Una mirada comparada con la experiencia europea de Aarhus. *Revista temas de derecho civil, persona y patrimonio*. Buenos Aires: Erreius.

Salgado, J. M. (2013). Proyecto para legislar los procesos colectivos. *Revista Derecho Privado*, año II, N° 7. Buenos Aires: Editorial MJDH.

Sanchiz Moreno, F. (2007). *Guía sobre el acceso a la Justicia Ambiental. Convenio de AARHUS*. España: Editorial Asociación para la Justicia Ambiental Elaw.

Sandre Mayo, M. J. (2018). *Las acciones colectivas en defensa de los consumidores*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.

Santos Diez, R. y Rodríguez Castelao, J. (2002). *Derecho Urbanístico. Manual para juristas y técnicos*. 5ta. ed. España: Editorial el consultor.

Sola, J. V. (2007). *Los derechos de incidencia colectiva*. Buenos Aires: Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

Sola, J. V. (2010). *Control Judicial de Constitucionalidad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Sola, J. V. (2010). *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Stiglitz, R. y Pizarro, R. (2009). *Reformas a la ley de defensa del consumidor*. Buenos Aires: La Ley.

Vallespin Pérez, D. (2018). *Litigios sobre consumo: especialidades procesales y acciones colectivas*. ISBN: 978-84-9090-277-6. Madrid: Editorial Bosch.

Valls, M. (2000). *Jurisprudencia Ambiental, Legitimación*. Buenos Aires: Ugerman Editor.

Fecha de recepción: 31-03-2020

Fecha de aceptación: 12-07-2020

Determinación de la filiación y derechos sucesorios en la reproducción humana asistida *post mortem* en España (*)

POR IRENE SANTOLARIA BAIG(**) Y FRANCISCA RAMÓN FERNÁNDEZ(***)

Sumario: I. Introducción.- II. Normativa aplicable a la fecundación *post mortem* en España en la actualidad.- III. Análisis de la permisibilidad de la fecundación *post mortem* en la ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.- IV. Requisitos para la realización de la fecundación *post mortem*.- V. Problemas y conflictos.- VI. Conclusiones.- VII. Bibliografía.

Resumen: la fecundación *post mortem* es una técnica de reproducción asistida que permite a la mujer poder dar a luz a un hijo después del fallecimiento del

(*) Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i “Retos investigación”. Programa estatal de I+D+i, orientado a los Retos de la Sociedad, Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades: RTI2018-097354-B-100 (2019-2022), Proyecto de I+D+i Retos de Investigación, MICINN, del Programa Estatal de I+D+i orientada a los retos de la sociedad (PID2019-108710RB-100, 2020-2022), Microcluster VCL/CAMPUS “Estudios de Derecho y empresa sobre Tecnologías de la Información y la Comunicación (Law business studies on ICT)”.

(**) Graduada en Biotecnología por la Universitat Politècnica de València, España. Investigadora durante el periodo del curso 2018-2019 bajo la dirección de la Dra. D^a. Francisca Ramón Fernández, Profesora Titular de Derecho civil de la Universitat Politècnica de València, responsable del Grupo de Investigación en protección jurídica de la Genética y biomedicina en la Universitat Politècnica de València dentro del Microcluster VCL/CAMPUS “Derecho Sanitario, Genética y Protección Social”, en la Escuela Técnica Superior de Ingeniería Agronómica y del Medio Natural (ETSIAMN), de la Universitat Politècnica de València, España.

(***) Prof. titular de Derecho civil en la Escuela Técnica Superior de Ingeniería del Diseño (ETSID), Universitat Politècnica de València, donde coordina desde el 5 de mayo de 2011 el Microcluster VCL/CAMPUS “Derecho Sanitario, Genética y Protección Social” (bajo la dirección de la Dra. Martínez Velencoso, UV) y es responsable del Grupo de Investigación en protección jurídica de la Genética y biomedicina dentro del mismo.

varón. Su regulación se establece en la ley del año 1988, pero son numerosos los vacíos legales, ya que no se especifica ni concretan algunos aspectos, como ser la prestación del consentimiento del varón, la determinación de la filiación y los conflictos en relación con los derechos sucesorios. La finalidad del presente estudio es ofrecer una visión general sobre la regulación legal de la técnica, incidiendo en la determinación de la filiación y los derechos sucesorios para este supuesto, al tiempo que se mencionarán posibles soluciones a los conflictos.

Palabras claves: *post mortem* - reproducción asistida - fecundación - filiación - sucesión

Determination of filiation and inheritance rights of posthumous assisted human reproduction in Spain

Abstract: *post-mortem fertilization is an assisted reproduction technique that allows a woman to give birth to a child after the death of the male. Its regulation is set out in the law of 1988, but there are numerous legal gaps, since it does not specify or specify certain aspects such as the provision of male consent, the determination of filiation and conflicts in relation to inheritance rights. The purpose of this study is to provide an overview of the legal regulation of the technique, with an impact on the determination of filiation and inheritance rights for this case, while possible solutions to conflicts will be mentioned.*

Keywords: *post-mortem* - assisted reproduction - fertilization - affiliation - inheritance

I. Introducción

Los problemas de infertilidad de la población que surgieron durante la década del 70 plantearon la necesidad de adoptar técnicas de reproducción humana asistida que posibilitaran la concepción en las personas que por medios naturales no les resultaba posible.

Los avances científicos han ido evolucionando de una forma considerable y se han perfeccionado las técnicas originales, dando lugar a otras más sofisticadas, como el diagnóstico genético preimplantacional (Moya y Ramón, 2018), con la finalidad de selección de embriones (Ramón, 2019). La implantación de las técnicas se ha realizado a nivel mundial y un gran número de personas se ha podido beneficiar de las mismas; pero también han ido surgiendo conflictos y problemas derivados de la aplicación de las mismas, centrados en el material reproductor femenino y masculino, la donación de óvulos y espermatozoides y la forma de realizarlo (Avilés y Ramón, 2019; Rosell y Ramón, 2020), así como la selección genética para curar a un hermano enfermo, conocido como bebé medicamento (Ridao y Ramón, 2020).

España es uno de los países en el que las técnicas han tenido gran aceptación dentro de la comunidad científica, y es un país puntero por los numerosos tratamientos realizados (Sociedad Española de Fertilidad, 2012).

La regulación de las técnicas era un deseo social y médico, y no solo desde el punto de vista jurídico-social, sino también desde el ámbito bioético, donde influyen factores como la ideología, religión o conflictos morales.

La sociedad actual, con los numerosos cambios sociales y políticos, ha determinado la reformulación de los conceptos de maternidad, paternidad y embarazo, y ello se ha reflejado en la legislación que se ha ido adoptando. No todos los países han llevado a cabo la misma adaptación legal, ya que algunas técnicas han sido prohibidas en ciertos países. Todo ello conlleva que la comunidad científica esté en permanente actividad para poder desarrollar su labor informativa y de asesoramiento con el objeto de no infringir la norma.

En el año 1978 se produjo en el mundo el primer nacimiento mediante la técnica de fecundación *in vitro*, y en España se realizó en el año 1984. A partir de ese momento se ha ido avanzando hasta conseguir paliar la infertilidad tanto masculina como femenina, con nuevas técnicas, como la congelación de embriones, que supuso también una solución para mujeres que habían sufrido abortos continuados o tenían problemas de gestación.

También la congelación de material de reproducción supuso la solución para preservar la fertilidad de las personas que están en tratamiento por neoplasias malignas, ya que la quimioterapia y la radioterapia son tratamientos gonadotóxicos, y así se puede garantizar que puedan tener una gestación futura (Kato, 2016).

Es una realidad que en la sociedad actual se han producido profundos cambios en el concepto de familia, y el acceso de la mujer al mundo laboral también ha conllevado un retraso en la edad para la maternidad (Escribano, 2016).

Sin embargo, uno de los problemas que plantea las técnicas de reproducción asistida es el caso del fallecimiento de uno de los miembros de la pareja que está interesada en las mismas. Sería el caso, entre otra casuística, de una pareja que tiene material de reproducción congelado y preservado, y uno de los miembros fallece. Es la denominada fecundación *post mortem*. Los límites que puede haber entre la ética y la ciencia pueden ser algo difusos y es por ello que se necesita una reglamentación entorno a esta técnica.

La regulación española sigue teniendo carencias y vacíos legales y, además, adolece de falta de precisión, lo que da lugar a interpretaciones diversas de los

preceptos. Esta situación produce conflictos y problemas que queremos plantear en el presente trabajo, centrándonos en la determinación de la filiación y la sucesión.

II. Normativa aplicable a la fecundación *post mortem* en España en la actualidad

En España se permitió por primera vez la fecundación *post mortem* de forma legal en 1988, mediante la ley 35/1988, del 22 de noviembre, sobre las técnicas de reproducción asistida, suscitando con ello diversos debates y polémicas. En concreto, se opinó que la técnica de fecundación *post mortem* iba en contra del artículo 39.3 de la Constitución española, defendiendo que no se proporcionaba una asistencia y atención por parte del progenitor paterno. Sin embargo, con la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) N° 116/1999, del 17 de junio, se zanjó el problema dando a entender que en ningún momento se estaba atentando contra la Constitución, ya que es “(...) perfectamente lícito, desde el punto de vista constitucional, la disociación entre progenitor biológico y padre legal (...)” (Cabi-do, 2014, p. 75).

Desde el año 1988 hasta 2006, la regulación de las técnicas de reproducción asistida ha ido evolucionando y se han promulgado distintas leyes, pudiéndose observar entre ellas varias diferencias y modificaciones.

En la actualidad, las técnicas de reproducción están reguladas por la ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. En ella se incluyen todas las técnicas ya presentes en la ley de 1988 y en la ley de 2003, al mismo tiempo que se añadió una nueva normativa para poder abarcar todos los avances médicos producidos en ese periodo.

Destaca la formulación del concepto de preembrión, que es definido en el artículo 1.2 como “conjunto de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde la fecundación hasta 14 días posteriores”. Asimismo, en el artículo 1 se suprime el error de delimitar la regulación a las técnicas de reproducción asistida mencionadas en la ley de 1988, ofreciendo una lista abierta para el surgimiento de posibles futuras nuevas técnicas.

Por otro lado, en la ley presente se regula de manera muy detallada el asesoramiento de la Comisión Asesora de reproducción humana, al mismo tiempo que se crea un registro de actividades de los centros que se encargan de realizar las técnicas de reproducción asistida.

III. Análisis de la permisibilidad de la fecundación *post mortem* en la ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida

Al igual que en las anteriores leyes, la fecundación *post mortem* viene regulada por el artículo 9 de la ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida al hacer referencia a la “premoriencia del marido”, el cual se encuentra dentro del capítulo II, relativo a los “participantes en las técnicas de reproducción asistida”.

En el primer punto del artículo, se niega reconocer la filiación ni relación jurídica entre el hijo nacido por método de las técnicas de reproducción asistida y el varón fallecido, si estas técnicas han sido empleadas de forma posterior a la fecha de fallecimiento del varón.

Sin embargo, en el segundo apartado, se señala la posibilidad de establecer una excepción del primer punto, siempre y cuando el varón haya prestado su consentimiento previamente a su fallecimiento, mediante un documento que después veremos con más detalle.

En el último y tercer punto se establece la posibilidad de llevar a cabo la fecundación *post mortem* en ausencia de vínculo matrimonial. En este caso se está haciendo referencia a la inscripción de la filiación natural a través de un documento gubernativo, donde el documento indubitado del padre servirá como título para su realización

III.1. Ámbito objetivo

En la fecundación *post mortem* podemos diferenciar dos supuestos: uno sería la fecundación artificial *post mortem* que correspondería al método de inseminación artificial y, por otro lado, la transferencia *post mortem* de preembriones. En el primer caso nos estaríamos refiriendo a la introducción de semen del varón fallecido en los órganos genitales femeninos, de forma distinta al contacto sexual. Sin embargo, en el segundo caso se hace referencia a la transferencia a la mujer de embriones que han sido obtenidos previamente mediante fecundación *in vitro*, siendo esta fecundación previa al fallecimiento del varón, por lo que técnicamente la fecundación no habría sido *post mortem*.

Tal y como puede observarse, hay diferencias en cuanto a los términos mencionados. Al tratarse de una inseminación artificial, nos encontramos solamente manejando el material reproductor del varón fallecido. En este caso, la fecundación se realizaría *post mortem*. En cuanto a la transferencia de embriones *post mortem*, la fecundación se ha llevado a cabo en momentos previos al fallecimiento del varón,

del mismo modo que ya no solo estamos manejando el material reproductor de este, sino que también el de la mujer (Rodríguez, 2015, p. 295).

Por lo mencionado anteriormente, el término de fecundación *post mortem* no sería el más adecuado para abarcar ambos casos, sino que un término más apropiado podría ser el de reproducción artificial *post mortem* (Rodríguez, 2015, p. 296).

III.2. Ámbito subjetivo

En el propio artículo 9 de la ley 14/2006 se indica que tanto el varón no unido por vínculo matrimonial como el propio marido pueden dar consentimiento para el uso de su material reproductor una vez hayan fallecido. En ningún momento se exige que el varón y la mujer a la que se refiere el precepto respecto a la prestación de su consentimiento deban tener vínculo matrimonial; también recoge la posibilidad de que nos encontremos ante una pareja estable. Puede parecer lógico que se esté refiriendo a lo mencionado anteriormente, es decir, que se sobreentienda que se haga referencia a parejas que conviven juntos. Pero, ante la ausencia de aclaraciones, se puede entender que cualquier varón podrá prestar consentimiento para la reproducción *post mortem* con cualquier mujer, incluso en ausencia de vínculo entre ellos, como bien declara Rodríguez (2015, p. 296).

Asimismo, en el artículo se indica que el varón puede dar su consentimiento para la utilización de su material reproductor por parte de la mujer, dejando fuera el consentimiento de que la mujer o pareja de hecho haga uso de material reproductivo de un tercero (donante) para inseminarse. Del mismo modo, se puede dar el caso de que se haya hecho uso de la técnica de FIV para obtención de embriones, pero con uso de espermatozoides de un donante, suscitando así ciertas dudas en cuanto al consentimiento del varón (Rodríguez, 2015). Sin embargo, en la ley actual se hace mención constantemente a la mujer y el varón, es decir que implícitamente se está excluyendo a las parejas homosexuales.

Vamos a referirnos a la utilización de esta técnica por parte de una pareja homosexual. Por un lado, en el caso de una pareja homosexual de dos hombres, sería necesario un “vientre de alquiler” y según la legislación española (artículo 10 ley 14/2006) nos estaríamos encontrando ante la prohibición legal de la maternidad subrogada. En el caso de una pareja homosexual formada por dos mujeres no tendríamos el mismo conflicto mencionado anteriormente, ya que se deja el consentimiento de la mujer antes de fallecer —siguiendo el artículo 6.3 de la ley 14/2006— para poder determinar la filiación del hijo nacido de su pareja (Rodríguez, 2015). Sin embargo, en el artículo 9 no hace referencia ninguna a cuando interviene semen de un tercero (hecho necesario ante una pareja de dos mujeres).

Respecto a la maternidad subrogada, que se precisaría en el caso de la pareja homosexual de dos hombres y también en el caso de la pareja homosexual de dos mujeres, en el caso de que ninguna de ellas pudiera gestar, se plantean diversos problemas en cuanto a la determinación de la filiación y la inscripción del nacido en el registro civil —que la doctrina ha puesto de manifiesto—, además de distintas cuestiones bioéticas relacionadas con la utilización de la subrogación (Castellanos, 2019; Duplá, 2019).

El concepto de “material reproductor” que se menciona en la ley de técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA) no es muy específico. Es decir, a la hora de tratar la fecundación *post mortem* en la legislación, no se aclara si se está permitiendo la inseminación artificial solamente o también se está incluyendo la transferencia *post mortem* de embriones. Como bien indican Casas *et al.* (2012), existen diversas posturas doctrinales en torno a la aceptación de la transferencia de los embriones dentro del concepto de “material reproductor”, ya que este embrión habría sido concebido mediante la fecundación del espermatozoide del varón y el óvulo de la mujer, es decir, que contiene el material reproductor del hombre. Así, las más restrictivas conciben solo que el material reproductor no se extiende a los embriones (Lledó, 2006). Sin embargo, la postura más amplia, por la que se inclina Casas (2012), sí que lo incluiría. Esta postura doctrinal amplia encuentra apoyo en el aforismo *Qui potest plus, potest minus*, con lo que comprendería tanto la transferencia de embriones como la inseminación artificial (Santolaria y Ramón, 2020).

El hecho de que la ley permita la fecundación *post mortem* haciendo uso del material reproductor del varón fallecido estaría haciendo referencia a la inseminación artificial, ya que con este método se está usando el semen del hombre. Sin embargo, parece ser que si la ley está permitiendo esta técnica también se está permitiendo la transferencia de embriones *post mortem*, ya que no solo se está haciendo uso del material genético del hombre sino también del de la mujer. Es decir, si la inseminación artificial está permitida, aún más tiene que estarlo la transferencia de embriones y con más razones.

IV. Requisitos para la realización de la fecundación *post mortem*

Cuando se va a realizar la fecundación *post mortem* se deben cumplir una serie de requisitos que están contemplados dentro de la ley 14/2006. Estos requisitos nos permiten delimitar la realización de la técnica. Entre ellos, nos podemos encontrar con: autorización del varón, la forma de actuación e incluso los plazos de ejecución del método.

IV.1. Consentimiento del varón donante y mujer usuaria

Vamos a analizar los distintos aspectos relacionados con la prestación del consentimiento por parte del varón donante, incidiendo en la información y asesoramiento, formas y plazos de autorización.

IV.1.1. Requisitos previos a la prestación del consentimiento

Antes de someterse a cualquier tratamiento, la pareja interesada puede recibir información sanitaria, como bien está indicado en el artículo 3.3 de la ley 14/2006:

La información y el asesoramiento sobre estas técnicas, que deberá realizarse tanto a quienes deseen recurrir a ellas como a quienes, en su caso, vayan a actuar como donantes, se extenderá a los aspectos biológicos, jurídicos y éticos de aquéllas, y deberá precisar igualmente la información relativa a las condiciones económicas del tratamiento. Incumbirá la obligación de que se proporcione dicha información en las condiciones adecuadas que faciliten su comprensión a los responsables de los equipos médicos que lleven a cabo su aplicación en los centros y servicios autorizados para su práctica.

El contenido obligacional del precepto para la prestación del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida tiene consecuencias de carácter civil o penal si se incumple, como bien indica el Tribunal Supremo. En caso de incumplir lo estipulado, el centro sanitario o responsable sanitario podría verse ante una condena de carácter civil o penal (Romero, 2000).

En la ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, se indica ya la obligación de que la clínica proporcione información y que, además, el consentimiento sea voluntario y libre. Esto quiere decir que, a la hora de someterse a un tratamiento, se tiene que informar de todos los factores que puede influir, de riesgos que puede tener la manipulación de gametos e intervenciones necesarias para que la decisión final sea única, voluntaria y autónomamente del paciente (Alkorta, 2003).

En cuanto al tema de la mujer receptora, como bien se indica en el artículo 3.4 de la ley 14/2006, también debe ser informada para elegir si quiere o no prestar su consentimiento para llevar a cabo las técnicas de reproducción asistida. Este consentimiento viene determinado por un formulario de consentimiento informado donde se indicarán todas las condiciones necesarias para que se lleve a cabo. El artículo 3.5 de la ley 14/2006 señala que: “La mujer receptora de estas técnicas

podrá pedir que se suspenda su aplicación en cualquier momento de su realización anterior a la transferencia embrionaria, y dicha petición deberá atenderse”, por lo que, a pesar de haber prestado el consentimiento, la mujer tiene la decisión final de continuar o paralizar el proceso. Además de que todo lo mencionado anteriormente debe ser incluido en las historias clínicas de las mujeres (artículo 3.6 de la ley 14/2006).

IV.1.2. Requisitos del consentimiento en la ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida

Cuando el varón está prestando su consentimiento para el uso de su material reproductor, considera la doctrina que está aceptado la filiación del hijo (Iniesta, 2011). No solo es necesario el consentimiento del varón, sino que, del mismo modo, se necesita el de la mujer fecundada. Es por ello que se exige el consentimiento de ambos para llevar a cabo la técnica.

Al encontramos con una fecundación *post mortem*, lo primero que asumimos es que hay algún tipo de relación entre el donante y la mujer fecundada, ya sea una relación matrimonial o no. Asumiendo este hecho, el artículo 5.6 de la ley 14/2006 establece como requisitos los siguientes:

Los donantes deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia (...).

Es decir, se realizará un examen exhaustivo para ver que se cumplen todas las condiciones y que no se encuentra ningún inconveniente.

La capacidad de una persona tiene que ser tenida en cuenta, así como si tiene alguna limitación a la misma. Es por ello que en la Disposición Adicional Quinta de la ley 14/2006 se hace mención a la ley 51/2003, del 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Esto significa que estos individuos deben tener mismos derechos, obligaciones y facultades.

Los requisitos para las mujeres usuarias de las técnicas de reproducción asistida vienen determinados por el artículo 6.1 LTRHA: “toda mujer mayor de 18 años

y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa”. Esto indica que una mujer que se encuentre dentro de sus posibilidades para obrar y que sea mayor de edad puede hacer uso de las técnicas de reproducción asistida, además de que es un hecho totalmente independiente de la orientación sexual o el estado civil de la mujer. Del mismo modo, la edad mínima para poder proceder a estas técnicas está regulada, al contrario que la edad máxima, la cual no aparece. Sin embargo, son los propios centros de reproducción asistida los que deben establecer esta edad máxima para poder preservar tanto la salud de la mujer como la de la futura descendencia (Sánchez, 2007).

Asimismo, tanto en el artículo mencionado anteriormente —6.1— como en el artículo 3.1 LTRHA se hace mención al consentimiento, siendo necesario que este sea emitido de forma libre, consciente y de forma expresa, al mismo tiempo que tiene que presentarse por un formulario de forma escrita y de forma previa. En este formulario debe incluirse la constancia de que se ha llevado a cabo la acción informativa correspondiente de la técnica a utilizar, incluyendo en este proceso informativo tanto los riesgos como las posibles complicaciones que esta misma acarrea.

Por tanto, como observamos de la lectura del mencionado artículo 3.1, no se admite el consentimiento presunto o tácito y ello ha provocado que en ocasiones se haya interpuesto un procedimiento judicial para poder realizar la fecundación basándose en un consentimiento presunto, no solamente en el ordenamiento jurídico español (Núñez, 2019; Núñez Núñez, 2019), sino también en el argentino, como ha tenido ocasión de exponer la doctrina (Geri, 2019).

También se plantea, en torno a la emisión del consentimiento, si el mismo debe ser *ad solemnitatem* o *ad probationem*. En el caso de este fuese *ad solemnitatem*, sería entonces un requisito imprescindible para poder considerarse como válido el propio hecho de la fecundación *post mortem*. En el otro caso, solo sería expresado para poder probar o demostrar el acto. Sin embargo, a las conclusiones que se llegan finalmente es que este consentimiento es un hecho imprescindible para poder llevarse a cabo y validar la fecundación *post mortem* (Serna, 2007).

Hay que añadir también que en el caso de que la pareja no esté unida por vía matrimonial, también se puede hacer uso del material genético del varón por parte de la mujer para llevar a cabo la fecundación *post mortem*, siempre y cuando exista el previo consentimiento (artículo 9.9, ley 14/2006). Este consentimiento permite iniciar el expediente del artículo 44 de la ley 20/2011, del 21 de julio, del Registro Civil, ya que, si no hay un certificado de matrimonio, no se puede hacer

ninguna presunción de paternidad. El consentimiento permite al legislador mandar a determinar la filiación del hijo.

Ante todas estas situaciones puede surgir el aspecto de la revocación del consentimiento. En el artículo 3.5 de la ley 14/2006 se trata el tema: “La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspenda su aplicación en cualquier momento de su realización anterior a la transferencia embrionaria, y dicha petición deberá atenderse”, al igual que lo hace el artículo 9.2: “el consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas”. Esto quiere decir que la usuaria tiene la posibilidad de revocar su consentimiento cuando lo desee, de forma escrita y voluntaria. En la ley no se concreta el modo por el cual se puede llevar a cabo la revocación del consentimiento, sin embargo, la doctrina, entre la que citamos a Fernández (2007), considera que debe realizarse de forma escrita.

No se hace mención sobre la posibilidad de revocar el consentimiento por parte del varón, pero en este caso se puede sobreentender que el artículo 3.5 LTRHA se extiende al varón usuario del mismo modo (Iniesta, 2011). Esta decisión conllevaría la imposibilidad de la transferencia del material reproductivo y, por lo tanto, también la determinación de la filiación.

Volviendo atrás en la legislación, la ley 35/1988 no incluía estos puntos, por lo que existía una especie de vacío sobre el tema de la revocación. Se interpuso un recurso de inconstitucionalidad y, finalmente, por medio del TC se declaró la STC 116/1999, el 17 de junio de 1999, en Madrid, con el ponente don Pablo García Manzano. En ella se establecía que no se podía imposibilitar la revocación, ya que en otro caso se admitiría un aborto no punible penalmente. Gracias a la ley 14/2006 se solucionó este vacío legal y evitaron posibles reinterpretaciones de la legislación.

IV.2. Formas de autorización

En el artículo 9.2 de la anterior ley 35/1988 se menciona:

No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

Esto es lo que menciona la ley 35/1988 en cuanto al consentimiento, exigiendo que se debe realizar a través de una escritura pública o testamento. Autores como Rodríguez (2013) señalan que la forma de escritura pública es muy segura, ya que se lleva a cabo ante un notario, se especifican los sujetos, capacidad de ellos

mismos para llevar a cabo el acto y se considera auténtico, verídico, legítimo al mismo tiempo que legal.

La legislación actual, ley 14/2006, a estas dos vías de prestar consentimiento que contemplaba la ley 35/1988, añade el documento de instrucciones previas mencionado en el artículo 11 de la ley 41/2002, junto al documento que puede generar el centro sanitario en el cual se llevan a cabo las técnicas de reproducción asistida.

El artículo 9.2 LTRHA establece:

(...) el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer (...).

El precepto se remite al artículo 6.3, y en el caso de encontrarnos en esta situación, el material reproductor podría ser utilizado por la mujer en un periodo posterior a 12 meses desde el fallecimiento, a diferencia de los 6 meses propuesto en las leyes anteriores.

Queriendo decir que el consentimiento se puede realizar vía testamento regulado en el Código Civil (CCiv.), ya que la ley no dice lo contrario, al mismo tiempo que, según el artículo 120 del CCiv., se puede reconocer un hijo mediante el uso de cualquier testamento (Rodríguez, 2013).

En cuanto al testamento, es regulado en los artículos 662 y siguientes del Código Civil. A pesar de las nuevas tecnologías y avances que hay actualmente, el testamento no puede realizarse de forma *online*.

Además, encontramos que en el artículo 120 del CCiv. no se indica qué tipo de testamento debe realizarse para el caso de una determinación legal de la filiación no matrimonial (Ramón, 2018).

La ley 41/2002 hace referencia al documento de instrucciones previas, exactamente en el artículo 11. Este documento también puede conocerse como documento de voluntades anticipadas o, de forma equívoca, testamento vital (Villarrosa *et al.*, 2015). Con este documento lo que se establece es que una persona que sea mayor de edad, capaz y libre, puede expresar su voluntad de forma anticipada, por si se da la situación en la que no puede expresar por sí mismo sus deseos. Concretamente, expresa su voluntad sobre los cuidados de su cuerpo o incluso de los órganos del mismo. Asimismo, se indica que el individuo mayor de edad podrá revocar estas voluntades en cualquier momento de su vida, siempre que

deje constancia por escrito. También hay creado un Registro nacional de instrucciones previas dentro del Ministerio de Sanidad y Consumo (artículo 11.5 de la ley 41/2002) para poder así asegurar el correcto uso de las instrucciones previas manifestadas y reguladas conforme a la legislación de los pacientes.

El documento de instrucciones previas puede ser revocado en cualquier momento, siempre y cuando se deje constancia por escrito (Castro, 2013). Se formaliza a través de un notario, tres testigos o el funcionario encargado del Registro de Instrucciones Previas (Ayala y Fernández, 2016). Este documento es un elemento importante en lo que es el proceso de planificación de forma anticipada de lo que son las decisiones, tras un diálogo explicativo e informativo entre el paciente y un profesional. Este documento se hace en vistas a un supuesto momento de incapacidad (Ameneiros *et al.*, 2011) o por fallecimiento (Rouco *et al.*, 2015) y en el mismo puede incluirse el consentimiento para que la mujer lleva a cabo una fecundación *post mortem* con el material sobrante de las técnicas de reproducción asistida. Estas voluntades pueden ser consideradas con mayor seguridad jurídica si se llevan a cabo ante notario o personas mayores de edad y con plena capacidad jurídica (Rodríguez, 2013).

El documento emitido por el centro clínico antes de ejecutar cualquier tratamiento de reproducción asistida permite usarse como consentimiento, habiendo proporcionado de forma previa la información necesaria, tanto desde el punto de vista sanitario como el jurídico. Sin embargo, podemos encontrar inconvenientes con esta vía de consentimiento, porque, en ese caso, cualquier hombre que estuviese casado y se prestase al tratamiento mediante técnicas de reproducción asistida estaría dando siempre consentimiento a su mujer para que haga uso de su material genético para su uso *post mortem* por el simple hecho de criopreservarlo.

Es por ello que, por el simple hecho de que un hombre se pronuncie a favor de criopreservar su material genético, no quiere decir que pueda usarse de forma *post mortem*. Para poder poner solución a esta situación, las clínicas y personal encargados de llevar a cabo las técnicas de reproducción asistida, deberían no solamente ofrecer el consentimiento para criopreservar el material reproductor, sino que también ofrezcan la posibilidad de prestar consentimiento para su uso *post mortem* si es así como el hombre lo desea.

IV.3. Plazo de autorización

La ley 14/2006 establece, según el artículo 9.2, que existe un plazo máximo de 12 meses para que la mujer haga uso del material genético del marido o pareja, desde el momento que este mismo fallece.

En esta ley se alarga el periodo en el que la mujer puede fecundarse, en contraposición a los 6 meses que proponía la ley 35/1988, es decir, se ha duplicado el tiempo. Este periodo fue alargado por dos principales razones. Por un lado, había que permitir a la mujer viuda un período de adaptación y asimilación del fallecimiento de su pareja, y que tuviese tiempo de reflexionar y barajar todas las posibilidades que tiene, tanto desde el punto de vista ético, como sanitario o como jurídico. Así mismo, al fallecer una persona, hay un reparto de herencia, por lo que, para no alargar ni el proceso ni el periodo del reparto de esta herencia, se extendió a 12 meses.

Algunos autores siguen considerando este periodo insuficiente y por ello proponen que haya un plazo de unos 6 meses para que la mujer pueda o no solicitar el tratamiento, y que a partir de entonces se tenga un plazo de hasta 12 meses para que esta haga uso o no de la técnica de reproducción asistida, sumando un total de un plazo de 18 meses (Fernández, 2007).

El hecho de que se debata sobre el periodo temporal para llevar a cabo la técnica es meramente para la protección de los derechos sucesorios y evitar así los problemas que puede conllevar la aparición de un nuevo heredero (Inieta, 2011; Rodríguez, 2013; Pérez, 2002). También, debe proporcionarse a la mujer el tiempo necesario para que pueda tomar las decisiones no de forma impulsiva, sino de forma meditada y concienciada (Rodríguez, 2013).

Otros de los problemas que podemos encontrar en cuanto al tema de tiempo es que no se mencionada nada en cuanto a intentos de inseminación que puede realizar la mujer en ese periodo de 12 meses. Esto podría llevar a la interpretación de que la usuaria puede inseminarse de forma efectiva hasta dos veces. Es decir, la mujer puede hacer uso del material reproductor del varón, inseminarse y quedarse embarazada. Teniendo en cuenta el período de embarazo, podría hacer uso de este material reproductor otra vez dentro de esos 12 meses. Sin embargo, hay autores que consideran que esto no puede llevarse a cabo, que sí que puede haber un parto múltiple (1, 2 o más nacidos) pero que el material genético no puede ser usado tras el parto (Fernández, 2007).

Del mismo modo puede existir debate en cuanto a una doble o no paternidad, si se diese la situación de que la mujer que se somete al tratamiento se casa en el período de 12 meses que establece la legislación actual. Una de las posibles soluciones ante este conflicto podría ser otorgar la paternidad al segundo marido, siempre que se mantenga la acción de impugnación a favor del primero (Inieta, 2011).

V. Problemas y conflictos

La fecundación *post mortem* es un medio de reproducción al que es legal recurrir, es decir, existe la opción de que mujeres puedan fecundarse de forma *post mortem* siempre que todo se encuentre dentro de la legalidad, naciendo así hijos súper póstumos.

Aunque la ley 14/2006 regule el método, podemos encontrar varios problemas y conflictos en cuanto al método propuesto.

V.1. Determinación de la filiación

Uno de los principales problemas, del cual derivan muchos, es la determinación de filiación del hijo, es decir, poder determinar si el nacido es hijo o no del varón fallecido.

El problema de la determinación de la filiación es uno de los temas más debatidos y comentados dentro de la doctrina, sosteniéndose diferentes opiniones. En el periodo en el que la fecundación *post mortem* estaba regulada por la ley 35/1988, algunos autores se posicionaron en contra (Pantaleón, 1989). Sin embargo, otros, por el contrario, se posicionaron a favor, como fue el caso de Montés (1989).

En el artículo 7.1 de la ley 14/2006 se indica cómo debe regularse el tema de la filiación de los hijos nacidos por medio de las técnicas de reproducción asistida, siendo llevado a cabo este proceso por medio de las leyes civiles (Rodríguez, 2015).

Sin embargo, el nacido mediante el uso de la fecundación *post mortem* tiene que ser tratado de forma idéntica, o en caso de un supuesto en el que esto no podría hacerse, que sea tratado de la manera más parecida y próxima al hijo que se ha obtenido por medio de una procreación natural. Esto viene determinado por una exigencia definida dentro del principio constitucional de no discriminación por razón de nacimiento dentro del artículo 14, el cual señala: "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

Así mismo, en la Constitución Española, dentro del artículo 10, como por imperativos de la justicia y equidad, defienden esto mismo, es decir que una vez ha nacido el hijo y se ha determinado la filiación con el varón, debe ser tratado de forma igual en cuanto a derechos y obligaciones en lo que concierne a la filiación. En el artículo 108.2 del Código Civil se establece que "La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código", en otras palabras, que ha tener igual derechos

y obligaciones el nacido de forma independiente si la filiación se considera matrimonial o no (Lledó, 1988).

Con la determinación de la filiación se ha creado un vínculo parentesco entre el hijo obtenido por fecundación *post mortem*, el varón fallecido, y los familiares de él mismo. Esto conlleva una serie de relaciones civiles.

Una de las relaciones derivadas es el derecho a los apellidos, mediante el cual se pueden identificar a las personas. Será la mujer la que imponga el nombre en el registro civil, pero serán los apellidos los que vienen determinados por la filiación como es indicado en el artículo 109.1 del CCiv., lo que permite establecer una vinculación entre familiares. Por defecto se impone, en primer lugar, el apellido del padre, seguido de forma posterior al de la madre, aunque esta elección podrá ser modificada si el hijo al cumplir la mayoría de edad lo desea.

Del mismo modo, al haber fallecido el varón de forma previa, es la mujer la que va a tener que ejercer la patria potestad sin inconveniente alguno de que una tercera persona puede intervenir como podrían ser los hijos, otros parientes, organismos tutelares de menores y el Juez y el Ministerio Fiscal para poder así vigilar los intereses del nacido (artículos 154.3, 156, 158, 163, 166, 167 y 170 del Código Civil). La mujer debe velar por el nacido y encargarse, por lo tanto, de su educación, alimentación, administrar sus bienes y todo lo que conlleva ejercer la patria potestad como se indica en los artículos 154, 155 y 160.2. del CCiv. (López, 1994).

La nacionalidad que se le asignará al nacido es la española, ya sea porque lo sea la madre o porque solamente lo sea el padre. Dentro del CCiv., exactamente en el artículo 17, se hace mención al padre y madre como españoles, pero no especifica si estos poseen la nacionalidad en el momento de concepción o si la poseen en el nacimiento del hijo. Podemos encontrar el caso de una madre que tenga nacionalidad extranjera, o que el niño naciese fuera de España, o directamente el padre es el que es extranjero. En estos casos, el hijo podría recibir, además de la española, otra nacionalidad, regulándose de acuerdo con la legislación (López, 1994).

V.2. Problemas sucesorios

El tema de los derechos sucesorios creó un gran debate también en su momento, habiendo dos posibles opiniones. Por un lado, estaban los defensores, que afirmaban que el hijo que ha nacido mediante fecundación *post mortem* no debe tener los derechos sucesorios referentes al padre fallecido (Rivero, 1987) y, por el contrario, los que afirmaban que debían ser otorgados estos derechos al hijo supérstumo (Hernández, 1989).

Puede surgir el problema de admitir al hijo obtenido por medio de la fecundación *post mortem* los derechos sucesorios respecto a su progenitor fallecido. Se puede plantear la necesidad y circunstancia de que el hijo no se encuentre presente antes o en el momento del fallecimiento del padre, siendo este un requisito para poder obtener los derechos sucesorios.

Según el Código Civil es necesaria —y se exige en los artículos 745.1, 750 y 758.1— la sobrevivencia del llamado al testador para poder tener la oportunidad de suceder, por lo que esto puede parecer no incluir a la persona que todavía no ha nacido ni concebido.

Sin embargo, dentro de la jurisprudencia se pueden llevar a cabo diferentes interpretaciones algo más flexibles. Como indica el artículo 29 del CCiv., “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”, solo por el hecho de haber sido concebido (no nacido) en el momento previo del fallecimiento, puede ser capaz de tener los derechos sucesorios, encontrándonos en este contexto ante una transferencia de embriones *post mortem* (Escribano, 2016).

Todos aquellos que son llamados a la sucesión pueden verse afectados ante esta situación de incertidumbre. En el artículo 191 del CCiv. se hace un llamamiento hereditario del ausente. En él se indica que para que una herencia pueda repartirse y dividirse es necesario que conste la existencia real del heredero. Sin embargo, existe una excepción y es cuando existen personas que tienen derecho propio a reclamar la porción hereditaria a la que el ausente este llamado, refiriéndose a sus coherederos (López, 1994). En este caso, el ausente podría entenderse como el hijo todavía no concebido o nacido por fecundación *post mortem*.

Del mismo modo se pueden aplicar los artículos 959 en adelante del CCiv., en referencia a la sucesión en la que la viuda se encuentra encinta, para poder así proteger los derechos de los interesados en la herencia. Cuando la mujer crea que se encuentra encinta debe hacerlo saber a los posibles herederos (artículo 959 CCiv.), del mismo modo que debe informar sobre el momento cercano de dar luz (artículo 961 CCiv.). A lo mencionado anteriormente se le puede sumar el hecho de que la mujer debe informar sobre el deseo o la posibilidad de llevar a cabo una inseminación *post mortem* para así poder detener y posponer el reparto de la herencia (Escribano, 2016).

Se podría llegar a la conclusión de que el descendiente obtenido por la técnica de fecundación *post mortem*, siguiendo lo dictado por la ley, debe tener iguales derechos sucesorios que el resto de hijos del varón fallecido. Esta declaración viene tanto por el hecho de que la propia ley no excluye a estos descendientes, como

por el hecho de que una negativa de derechos sucesorios al hijo obtenido mediante fecundación *post mortem* estaría atentando el principio de igualdad indicado en el artículo 14 de la Constitución (López, 1994).

Hasta el momento nos hemos estado refiriendo de forma constante a una sucesión que ha sido testada de forma previa al fallecimiento del varón, lo que quiere decir que existe un documento de última voluntad llevado a cabo a favor del posible hijo que puede tener una vez fallecido.

Algunos autores, como Iniesta (2008), plantean la situación en la que el hombre presta su consentimiento para que se lleve a cabo la fecundación *post mortem*, pero en ningún momento hace mención alguna sobre el testamento. En estos casos se puede suponer que se debe a dos razones. Por un lado, puede deberse a un descuido por parte del varón a la hora de realizar el testamento. Por otro lado, puede darse el caso de que el testamento fuese llevado a cabo de forma anterior a dar su consentimiento para la realización de esta técnica, por lo tanto, no contemplase esta posibilidad en su testamento.

Pero puede darse la situación en la que el varón fallece sin haber hecho un testamento previo. Se entiende que, ante este suceso, siempre va a prevalecer la determinación de la filiación. Es decir que, si no se admite el parentesco, entonces no tiene el hijo derecho sucesorio ninguno; pero una vez ha sido reconocida esta filiación y el nacimiento ha tenido lugar dentro de los plazos legales, el hijo debe gozar de los derechos sucesorios, aun habiendo nacido por medio de la técnica de fecundación *post mortem*.

En el artículo 741 del CCiv. se menciona lo siguiente: “El reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal, aunque se revoque el testamento en que se hizo o este no contenga otras disposiciones, o sean nulas las demás que contuviere”. Lo que este texto quiere decir es que se reconoce de forma legal la filiación tanto matrimonial como no matrimonial, ya que, en comparación con la antigua ley, se ha excluido el adjetivo de legítimo, indicando el concepto de hijo a secas. Sin embargo, esto no es una prueba legal de que existe esa filiación, pero puede facilitar el inicio de la determinación de esta, dando un primer paso en el proceso (López, 1994).

En resumen, se podría decir que, aunque el testamento sea revocado no se pierde fuerza legal, por lo que el hijo si podría gozar de los derechos sucesorios por ser hijo del varón fallecido (López, 1994).

El hecho de que nazca un hijo con el uso de las técnicas de reproducción asistida *post mortem* significa la presencia de un heredero nuevo a la hora de obtener y repartir la herencia del varón fallecido. Esto nos lleva a ciertas posibles situaciones.

Una de ellas es que el varón fallecido se hubiese planteado esta posibilidad antes de su muerte y por ello mismo hubiese dejado constancia en su testamento, reconociendo así los derechos legitimarios de ese futuro hijo.

En este caso, el procedimiento empezaría por suspender de forma temporal la repartición de la herencia y es entonces cuando se pasarían estos bienes a la administración. Como he indicado con anterioridad, esto sería de forma temporal, hasta que se demuestre que la mujer no estuviese embarazada dentro de los plazos legales o, en caso contrario, hasta que se produjera el nacimiento.

En el caso de que los plazos legales para que la mujer se encontrase encinta no hubieran sido cumplidos, se procedería al reparto de la herencia entre el resto de herederos, siguiendo lo declarado en el testamento. Si se diese el caso de que, si fuese dentro de los plazos, el hijo nacido recibiría entonces su parte de la herencia (artículos 808-813 del CCiv.).

Por último, nos encontraríamos la situación de que el varón fallecido hubiese prestado su consentimiento para la utilización de su material reproductor en las técnicas de fecundación *post mortem* mediante un documento público, pero que este hecho no fuese indicado en ningún momento ni dejado constancia en el testamento o, incluso, que falleciese de manera intestada.

Lo más probable que podría suceder ante esta situación es que el resto de herederos no tuvieran conocimiento alguno sobre la posibilidad de la existencia de otro hijo, y por tanto otro heredero, y por ello se daría paso al reparto de la herencia y de bienes. Si posteriormente se produce el nacimiento del hijo, se encontraría ante una situación problemática para recuperar su parte (López, 1994).

Es por ello por lo que se debería insistir en que la mujer comunicara su intención de embarazo para no afectar luego a la sucesión y reparto de herencia. Otra posible solución ante esta situación es que se exigiera a los centros públicos sanitarios que hacen uso de estas técnicas que dieran constancia o, del mismo modo, el notario diese a conocer la posibilidad de comunicar la voluntad para detener el reparto de la herencia. Todo ello con el fin de evitar estos problemas y facilitar así el proceso.

En conclusión, cuando la mujer no está dejando constancia de esta voluntad, los derechos del hijo nacido con el uso de la fecundación *post mortem* podrían encontrarse desprotegidos, vulnerables y, por lo tanto, se podría ver ante la situación de no recibir sus derechos.

Ante cualquiera de las situaciones mencionadas con anterioridad, la mujer tiene derecho a ser alimentada y a recibir los bienes de la herencia, de acuerdo con

la parte que se le confiere al hijo, si el nacimiento tuviese lugar (artículo 964 del CCiv.).

En caso de que la mujer contrajera matrimonio con un tercero, esta debe reservar los bienes que le correspondían del varón fallecido para el posible futuro hijo del primer matrimonio, hasta que este alcanzara la mayoría de edad, como bien se indica en el artículo 970 del CCiv.: “Cesará la obligación de reservar cuando los hijos de un matrimonio, mayores de edad, que tengan derecho a los bienes, renuncien expresamente a él, o cuando se trate de cosas dadas o dejadas por los hijos a su padre o a su madre, sabiendo que estaban por segunda vez casados”. Esta posibilidad ha sido admitida por la doctrina (López, 1994), apoyándose su argumento en el citado precepto mencionado del CCiv.

Cuando tratamos la fecundación *post mortem* podemos entrar en un conflicto entre el derecho de procrear que tiene la mujer o compañera del varón fallecido y el interés del nacido a poseer dos progenitores que le presten la asistencia y atención hasta que cumpla la mayoría de edad.

Cabe resaltar que, en la Convención de los Derechos del Niño, exactamente en el artículo 3.1, se garantiza que todo aquel mejor debe gozar del derecho de que su interés vaya siempre con preferencia. Del mismo modo, la ley orgánica 1/1996, del 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la ley de Enjuiciamiento Civil nos indica lo siguiente:

Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir (artículo 2).

Es decir que el interés del menor tiene prioridad frente a cualquier otro interés legítimo. La conclusión a la que se puede llegar a través de estas dos normativas es que en cualquier situación de conflicto siempre va a ser el interés del menor el que prevalezca.

Una de las principales razones por las que mucha doctrina rechaza la fecundación *post mortem* es el hecho de que no se está garantizando en su totalidad que el menor que nazca por medio de esta técnica pueda ser atendido y se le preste la asistencia necesaria por parte de los dos progenitores. Sino que, al contrario, se está permitiendo que el niño nazca sin uno de los dos progenitores (en este caso

el paterno) y, por consiguiente, no reciba su atención y asistencia (Corral, 1988). Es, por lo tanto, también, una de las razones por las que en ciertos países —como Francia— no esté permitida esta técnica de reproducción asistida.

En contraposición, algunos autores se encuentran a favor de la fecundación post mortem, alegando que cuando se concibe un hijo de forma natural también puede producirse el mismo caso. Un hijo puede acabar naciendo huérfano de uno de los dos progenitores, o puede desconocer su progenitor (Rivero, 1987). Asimismo, al obtener un hijo por medio de la fecundación post mortem, se le está otorgando una protección jurídica de la familia monoparental, es decir, el niño no va a nacer de forma indefensa, sino que contará con su madre para su protección y asistencia (Pérez, 2012).

El principal factor por el que se puede negar el derecho a la mujer de procrear es por el hecho de dar más importancia al interés del menor. Existe una regulación y exigencia tanto a nivel nacional como internacional que establece que el interés superior del menor tiene que ser algo primordial a la hora de la toma de decisiones por parte del legislador (Rodríguez, 2017).

VI. Conclusiones

Todos los avances en el ámbito de la medicina reproductiva han conllevado la aparición de nuevas técnicas y nuevas posibilidades. La fecundación *post mortem* se encuentra entre una de ellas.

Esta técnica no está exenta de conflictos, ya que influyen aspectos éticos, morales, personales, sociales y legales, por lo que es preciso una adaptación jurídica y legislativa adecuada.

Es preciso perfilar con mayor detalle, y ello sería una propuesta *de lege ferenda*, que se atendiera a determinar los instrumentos necesarios para la prestación del consentimiento, así como los documentos indubitados respecto al mismo, con la finalidad de evitar conflictos de filiación y sucesión.

La situación de premoriencia del marido al que se refiere la ley 14/2006 presenta ciertas carencias y suscita cuestiones interpretativas respecto a la nomenclatura que utiliza. Nótese que se refiere, con distintas denominaciones, a la persona de sexo masculino (varón, marido, cónyuge) y atendiendo al estado civil. Esta falta de uniformidad conlleva una inseguridad jurídica notable, ya que determina que no quede claro cuál es la interpretación correcta.

Tampoco se alude a la edad que debe tener el hombre ni al número de fecundaciones *post mortem* que se pueden llevar a cabo con su material de reproducción

conservado, lo que suscita que se puedan realizar varias, siempre que se realicen dentro del marco temporal que fija la norma.

La interpretación del artículo 11.3 de la ley 14/2006 genera confusión respecto a la decisión sobre la realización de la fecundación *post mortem* por parte del centro, dado que el precepto hace referencia a los dictámenes favorables de especialistas independientes y ajenos al centro.

Se produce una ausencia de mención de la posibilidad de fecundación *post mortem* heteróloga, ya que solo se refiere a la homóloga. Ello supone una clara diferencia con el resto de técnicas de reproducción asistida que sí que contemplan la posibilidad de fecundación con material de reproducción de un donante. Aquí consideramos que la legislación no cumple el cometido de observar la decisión y voluntad del sujeto (la reproducción), por lo que la propuesta de *lege ferenda* sería incluir dentro de la fecundación *post mortem* no solo la homóloga sino también la heteróloga, mediante donación (Santolaria y Ramón, 2020).

La determinación de la filiación también suscita controversia doctrinal, y más aún cuando en el texto del CCiv. no se menciona la filiación derivada de las técnicas reproductivas. Su inclusión en un futuro texto legal ayudaría a evitar problemas interpretativos, permitiría el establecimiento de derechos sucesorios del nacido e iría en consonancia con el interés superior del menor que propugnan tanto la ley orgánica 1/1996 como la Convención de los Derechos del Niño. En este sentido, interesa referenciar la propuesta de CCiv. elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil de España, que incluyen en su texto la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, con indicación de la determinación de la maternidad, de la maternidad de la esposa de la madre, de la paternidad del marido de la madre, de la paternidad o falta de presunción legal, y de la determinación judicial de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, en los artículos 223-4 y 223-5 (AA.VV., 2018).

A mayor abundamiento, existe un desequilibrio entre el derecho a procrear de la mujer, el deseo de reproducción del hombre y el hijo póstumo, lo que la doctrina denomina “el hijo del fantasma” (Cobas, 2017), ya que nacerá sin uno de los progenitores.

Los cambios sociales producidos desde el año 2006 hasta la actualidad (Enguer y Ramón, 2018, p. 104) determinan que la ley deba ser revisada, ya que hemos manifestado los vacíos legales existentes y las diferentes interpretaciones que suscitan los preceptos, no siempre exentos de conflictos. La trayectoria de aplicación de la ley también ha mostrado los errores de los que adolece la norma y es por ello que debería reajustarse al momento actual.

VII. Bibliografía

AA.VV. (2018). *Propuesta de Código civil*. Madrid: Tecnos.

Alkorta Idiákez, I. (2003). *Regulación jurídica de la medicina reproductiva: Derecho español y comparado*. Cizur Menor: Editorial Thomson-Aranzadi.

Ameneiros Lago, E.; Carballada Rico, C. y Garrido Sanjuán, J. A. (2011). Los documentos de Instrucciones Previas y la planificación anticipada de las decisiones sanitarias. *Galicia Clínica*, 72 (3) (pp. 121-124). Recuperado de <https://galiciaclinica.info/PDF/14/256.pdf> [Fecha de consulta: 23/06/2020].

Ayala Vargas, M. A. J. y Fernández Campos, J. A. (2016). Inscripción de los documentos de inscripciones previas en el Registro. *Bioderecho.es: Revista internacional de investigación en Bioderecho*, (3) (pp. 1-17). Recuperado de revistas.um.es/bioderecho/article/download/263101/196981 [Fecha de consulta: 24/03/2020].

Avilés Alepuz, B. y Ramón Fernández, F. (2019). La donación de óvulos en la reproducción asistida: riesgos y responsabilidad. *Revista Ius et Scientia*, 5(2) (pp. 11-54). Recuperado de <https://institucional.us.es/iusetscientia/index.php/ies/article/view/193/133> [Fecha de consulta: 27/08/2020].

Cabido Iglesias, J. (2014). Fecundación post mortem. Análisis jurídico de la regulación en España. *Cadernos de Dereito Actual*, (2) (pp. 71-83). Recuperado de <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/17/76> [Fecha de consulta: 01/03/2020].

Casas Jiménez, D. F.; Díaz Badillo, L. A., y Mantilla Parra, E. F. (2012). Análisis a partir del derecho comparado —normativa vigente de España, doctrina y proyectos de ley en Argentina— de la situación jurídica del estado civil y los efectos patrimoniales del hijo producto de inseminación artificial post mortem en Colombia. *Temas Socio-Jurídicos*, 31(63) (pp. 167-204). Recuperado de <https://revistas.unab.edu.co/index.php/sociojuridico/article/view/1790> [Fecha de consulta: 12/03/2020].

Castellanos Claramunt, J. (2019). Análisis de la maternidad subrogada como nueva tecnología en el ámbito biomédico y jurídico-filosófico: avance técnico, retroceso humano. *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia. REINAD*, 17 (pp. 62-80). Recuperado de <https://polipapers.upv.es/index.php/reinad/article/view/11933/11968> [Fecha de consulta: 27/08/2020].

Castro Vítors, G. (2013). Introducción al documento de instrucciones previas (voluntades anticipadas) en el Derecho español. Algunas claves para su estudio. *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 740 (pp. 3703-3760).

Cobas Cobiella, M. E. (2017). La llamada reproducción asistida *post mortem*. Algunas reflexiones. *Actualidad civil*, 6 (pp. 68-83). España: Wolters Kluwer.

Corral Talciani, H. (1988). La procreación artificial “post mortem” ante el Derecho. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 46 (1) (pp. 5-36).

Duplá Marín, M. T. (2019). El presente del pasado: el principio *mater semper certa est* y su reflejo en la actual legislación sobre reproducción humana asistida. *RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano*, 12 (pp. 289-325). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6907730> [Fecha de consulta: 27/08/2020].

Enguer Gosálbez, P. y Ramón Fernández, F. (2018). Dilemas bioéticos y jurídicos de la reproducción asistida en la sociedad actual en España. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 18 (1) (pp. 104-135). Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/rlb/v18n1/1657-4702-rlb-18-01-00104.pdf> [Fecha de consulta: 14/03/2020].

Escribano Tortajada, P. (2016). Algunas cuestiones que plantea la reproducción asistida post mortem en la actualidad. *Anuario de Derecho civil*, 69 (5) (pp. 1260-1320). Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2016-40125901320 [Fecha de consulta: 15/03/2020].

Fernández Campos, J. A. (2007). Artículo 9. Premoriencia del marido. En J. A. Cobacho Gómez y J. J. Iniesta Delgado (dir.), *Comentarios a la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (pp. 305-352). Navarra: Editorial Thomson-Aranzadi.

Geri, L. (2019). Consentimiento presunto a las técnicas de reproducción humana asistida post mortem. Criterios para su regulación en Argentina. *Revista de Bioética y Derecho*, 46 (pp. 149-165). Recuperado de <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/22987/29273> [Fecha de consulta: 27/08/2020].

Hernández Ibáñez, C. (1989). La ley de 22 de noviembre de 1988 sobre las técnicas de reproducción asistida: consideraciones en torno a la fecundación *post mortem* y la maternidad subrogada. *Actualidad Civil*, 48 (pp. 3027-3046).

Iniesta Delgado, J. J. (2008). Los derechos sucesorios del hijo nacido de fecundación post mortem. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 29 (pp. 13-24).

Iniesta Delgado, J. J. (2011). La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida. En M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dir.), *Tratado de Derecho de la Familia* (pp. 735-860). Navarra: Editorial Thomson Reuters Aranzadi.

Kato, K. (2016). Vitricación de embriones y ovocitos para la preservación de la fertilidad en pacientes con cáncer. *Medicina reproductiva y biología*, 15 (4) (pp. 227-233).

Lledó Yagüe, F. (1988). *Fecundación artificial y Derecho*. Madrid: Editorial Tecnos.

Lledó Yagüe, F. (2006). *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*. Bilbao: Universidad de Deusto.

López Peláez, P. (1994). Relaciones civiles derivadas de la fecundación *post mortem*. *Boletín de la Facultad de Derecho*, 6 (pp. 109-141).

Montés Penadés, V. L. (1989). El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana. En *La Filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de producción humana: ponencias y comunicaciones Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987*. ISBN: 84-86440-83-1. Madrid: Trivium.

Moya González, M. y Ramón Fernández, F. (2018). El diagnóstico genético preimplantacional: aspectos jurídicos en el Derecho español. *Revista de Derecho Privado de Colombia*, 34 (pp. 81-121) Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5261/6380> [Fecha de consulta: 27/08/2020].

Núñez, R. (2019). Caso clínico, fecundación *post mortem*. *EIDON*, 52 (pp. 75-19). Recuperado de <https://revistaeidon.es/index.php/revistaeidon/article/view/107/83> [Fecha de consulta: 27/08/2020].

Núñez Núñez, M. (2019). La fecundación *post mortem*: influencia de las técnicas de reproducción humana asistida en el ámbito sucesorio. *La Ley*, 22 (pp. 147-158). España: Wolters Kluwer.

Pantaleón Prieto, A. F. (1989). Contra la ley sobre Reproducción Asistida. En *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan* (pp. 641-670). Murcia: Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones.

Pérez, A. (2012). Fertilización *post mortem*: un supuesto especial entre las técnicas de reproducción humana asistida. En *Congreso de Derecho Privado para estudiantes y jóvenes graduados. Reflexiones sobre la reforma del Código Civil* (pp. 1-18). Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/ponencias-congreso-derecho-privado/elementos-de-derecho-civil-agustina-perez.pdf> [Fecha de consulta: 20/03/2020].

Pérez Monge, M. (2002). *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Ramón Fernández, F. (2018). Reflexiones acerca del documento indubitado en la fecundación “post mortem”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (9) (pp. 454-471). Recuperado de <http://www.revista-aji.com/articulos/2018/9/454-471.pdf> [Fecha de consulta: 25/03/2020].

Ramón Fernández, F. (2019). Del hermano medicamento o salvador a la terapia génica: cuestiones legales respecto a la situación del menor ante los nuevos avances biomédicos. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, 14 (pp. 69-100). Recuperado de <https://www.dykinson.com/revistas/revista-de-derecho-empresa-y-sociedad/1160/> [Fecha de consulta: 24/03/2020].

Ridao Laguna, V. y Ramón Fernández, F. (2020). El bebé medicamento en el ámbito de la reproducción asistida en España: cuestiones legales y éticas. *Derecho y Salud*, 30(1) (pp. 39-63).

Rivero Hernández, F. (1987). La fecundación artificial *post mortem*, *Revista Jurídica de Cataluña*, 4 (pp. 871-904).

Rodríguez Guitián, A. M. (2013). *Reproducción Artificial Post Mortem. Análisis del artículo 9 de la ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Rodríguez Guitán, A. (2015). La reproducción artificial *post mortem* en España: Estudio ante un nuevo dilema jurídico. *Revista Boliviana de derecho*, 20 (pp. 292-323). Recuperado de <http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/121.pdf> [Fecha de consulta: 14/03/2020].

Rouco Velasco, J.; Tuñas Maceiras, D.; Iglesias Gutiérrez, M.; López Pérez, A; Lago Valverde, D. C. y Lago Del Riego, N. M. (2015). Conocimientos y actitudes de los profesionales de enfermería de Atención Primaria sobre el documento de instrucciones previas (DIP). *Revista Iberoamericana de Enfermería Comunitaria: RIdEC*, 8 (2) (pp. 35-47).

Rosell Ferris, N. y Ramón Fernández, F. (2020). Preembriones y fetos sobrantes que no se usan para llevar a cabo las técnicas de reproducción asistida: aspectos éticos y legales. *Revista sobre Infancia y Adolescencia, REINAD*, 18 (pp. 17-36). Recuperado de <https://polipapers.upv.es/index.php/reinad/article/view/12669/12520> [Fecha de consulta: 28/08/2020].

Santolaria Baig, I. y Ramón Fernández, F. (2020). La fecundación *post mortem* en España: problemas y límites jurídicos y bioéticos. *Revista Iberoamericana de Bioética*, 13 (pp. 1-15). Recuperado de <https://revistas.comillas.edu/index.php/bioetica-revista-iberoamericana/article/view/11799/12212> [Fecha de consulta: 28/08/2020].

Sánchez Hernández, A. (2007). Artículo 3. Condiciones personales de la aplicación de las técnicas. En J. A. Cobacho Gómez y J. J. Iniesta Delgado (dir.), *Comentarios a la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (pp. 41-59). Navarra: Editorial Thomson-Aranzadi.

Serna Meroño, E. (2007). Artículo 6. Usuarios de las técnicas. En J. A. Cobacho Gómez y J. J. Iniesta Delgado (dir.), *Comentarios a la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (pp. 305-35179-2102). Navarra: Editorial Thomson-Aranzadi.

Sociedad Española de Fertilidad (2012). *Registro de la Sociedad Española de Fertilidad: Técnicas de reproducción asistida (IA y FIV/ICSI)*. Recuperado de https://www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf [Consultado 29/03/2020].

Villarrasa Clemente, F.; García Garmendia, J. L.; Barrero Almodóvar, A. E.; Maroto Montserrat, F.; Gallego Lara, S. L. y Rufo Tejeiro, O. (2015). Consentimiento informado por representación en unidades de cuidados intensivos. ¿Necesitan los familiares instrucciones previas? *Revista española de medicina legal*, 41 (3) (pp. 118-131).

Legislación

Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978 (BOE núm. 311, 29/12/1978).

Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988, páginas 33373 a 33378).

Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, 17/01/1996).

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE núm. 274, 15/11/2002).

Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE núm. 289, 03/12/2003).

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre las técnicas de reproducción asistida (BOE núm. 126, 27/05/2006).

Real decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid, núm. 206, 25/07/1889).

Fecha de recepción: 29-03-2020

Fecha de aceptación: 09-06-2020

Una sentencia razonable en materia de adopción

POR RUBÉN MARCELO GARATE(*)

Sumario: I. Introducción.- II. Herramientas normativas.- III. El interés superior como principio y fin de la actuación jurisdiccional.- IV. Frente a las distintas formas de adopción.- V. Algunas cuestiones jusfilosóficas sobre la interpretación.- VI.- Teniendo en cuenta los derechos fundamentales.- VII. Conclusión.- VIII. Bibliografía.

Resumen: cuando se piensa en una decisión judicial sobre el estado de adoptabilidad de un niño se pretende que la resolución sea la correcta, ello a favor del niño al considerar su interés superior. En consecuencia, no solo se debe tener en cuenta la situación particular del niño, niña y adolescente, sino también la normativa convencional de derechos humanos y las normas nacionales, que permite establecer la fundamentación discursiva de la resolución que pueda ser tomada por el órgano jurisdiccional.

Palabras claves: adopción - sentencia - derechos convencionales

A reasonable judgment on adoption

Abstract: *when thinking about a judicial decision on the adoptability status of a child, the resolution is intended to be the correct, in favor of the child considering its best interest. Consequently, not only must the particular situation of the child and adolescent be taken into account, but also the conventional human rights norms and*

(*) Prof. en Filosofía y Ciencias de la Educación. Doctor en Derecho, Universidad Argentina John F. Kennedy. Especialización en Derecho de Familia. Prof. de Introducción al Derecho y Maestría de Sociología Jurídica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP.

national norms, which allow establishing the discursive foundation of the resolution that can be taken by the court.

Keywords: *adoption - judgment - conventional rights*

I. Introducción

Cuando se propuso la reforma del Código Civil y Comercial, entre las distintas modificaciones que se pretendieron realizar, se encontraba la de brindar una visión unificada de los temas civiles y comerciales con la finalidad de garantizar cierta coherencia normativa. Por otro lado, también se vio fuertemente transformado el derecho de familia en diversos temas, como son: el derecho matrimonial, la filiación y la adopción, por solo nombrar algunos ejemplos.

Dentro de estos cambios, no puede dejar de considerarse la sistematización de los grandes temas bajo un criterio metodológico y organizativo dinámico, que pretende lograr rigurosidad en el tratamiento de los temas propuestos, produciéndose cambios que afectan favorablemente los distintos institutos del derecho civil, incluyendo aspectos considerados oportunamente por la jurisprudencia, como así también aquellos que la doctrina solicitaba modificar desde hacía tiempo. Uno de los cambios más significativos que se produjo fue la adecuación de las normas civiles a las necesidades y condiciones impuestas por los estándares internacionales que proponen las distintas Convenciones de Derechos Humanos, entre las cuales no podemos dejar de incluir la Convención sobre los Derechos del Niño, Niña y Adolescente.

Para hacer un análisis del ordenamiento jurídico en su conjunto, no podemos dejar de reconocer la importancia que ha tenido la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que a partir del artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (CN) brinda una puerta abierta que nunca se cerrará. Se conforma así un núcleo duro de derechos que, con jerarquía constitucional, es parte de nuestra carta magna, por lo cual su exclusión importaría una modificación de nuestro sistema democrático, en tanto que la república se encuentra sometida a las leyes y estas deben ser interpretadas bajo el criterio de la norma máxima (artículo 1 del CCiv. y Com.).

Es en el instituto de la adopción donde más claramente podemos observar la coherencia que la reforma pretendió establecer entre el derecho internacional ya existente y el derecho privado, logrando una interacción exitosa, de tal forma que el código se ve enriquecido con la incorporación de derechos y principios establecidos en el derecho convencional, tales como son: el derecho a vivir en familia, privilegiar la familia de origen, el derecho a la identidad, el reconocimiento de la

capacidad progresiva, la tutela judicial efectiva, la protección de la familia, el derecho a ser oído y el interés superior del niño.

Teniendo en cuenta lo dicho, nos parece interesante destacar que el Código Civil y Comercial, en el libro segundo del título VI, al hablar de las relaciones de familia hace referencia —a lo largo de sus 44 artículos— y subraya la importancia del interés superior del niño, mencionándolo explícitamente al menos unas cuatro veces. Este dato nos revela no solo la importancia que la comisión codificadora le ha dado a este principio, sino también la insistencia para dejar en claro que, además, este es un criterio hermenéutico para la correcta interpretación de la normativa. En su redacción se pone de relieve, desde su insistencia, los aspectos que deben ser tenidos en cuenta en la dinámica de práctica derecho.

Desde la filosofía del derecho se nos dice que la norma debe ser entendida como una modalidad de la acción que refleja un criterio de racionalidad específico, utilizado por los distintos operadores del derecho, para resolver conflictos específicos (Petev, 1996, p. 72).

En este contexto, el rol del juez de familia juega en los procesos de especiales una importancia fundamental, en tanto que el Código le exige una conducta proactiva, sobre todo cuando se trata de decidir sobre el destino de niños, niñas y adolescentes, máxime si tenemos en cuenta que, en los procesos de cuidado personal, guarda o adopción, se ponen en juego el presente y futuro de las personas de un modo concreto.

Por este motivo nos interesa poner la mirada en el problema de la elaboración de la decisión judicial, a fin de establecer los principios rectores que deben ser tenidos en cuenta a la hora de tomar una resolución, pero también determinar los aspectos en concreto que tienen que reconocerse frente a un caso específico. Al juez le cabe la responsabilidad de analizar los conflictos, desavenencias y los hechos controvertidos que se ponen de resalto durante el proceso, con la finalidad de encontrar una respuesta jurídica que pueda ser considerada válida.

En la sentencia, el juez produce un desarrollo narrativo que resulta fundamental para establecer los criterios sobre los cuales asentará su decisión. En definitiva, valora hechos en la medida que distingue aspectos positivos y negativos. Esto nos revela la necesidad de descubrir cuáles son los hechos que serán valorados con mayor intensidad que aquellos que para el juez resultan irrelevantes, ya sea porque carecen de valor o porque no poseen trascendencia normativa. Esto implica reconocer que la sentencia es la consecuencia de un proceso lógico de construcción de una decisión en el cual debe identificar la norma en función de los hechos jurídicamente relevantes (Cueto Rúa, 2000, p. 137).

La doctrina de la *protección integral* impregna el ejercicio de las acciones judiciales y es importante para asegurar y resguardar el *interés superior* de niños y adolescentes, garantizando formalmente una mayor flexibilidad en la decisión de los casos. En la segunda mitad del siglo XX se produjo un cambio importante en la concepción de los derechos humanos, en el del papel del Estado —como promotor de derechos— en tanto que se pasa del concepto de la protección del Estado, considerando que se debe ser protegido de las acciones del Estado.

Cuando se afirma que los niños y adolescentes son sujetos de derecho, no solo se dice que pueden ser titulares de derecho, sino que, además, tienen intereses distintos, a los del grupo familiar al que pertenecen. Estos intereses son los que deben ponderarse, cuando se plasman en acciones u omisiones que pongan a los niños en situaciones de vulnerabilidad. La universalidad de los derechos de la infancia aparece también a través de la trayectoria asumida por las regulaciones internacionales de derechos humanos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, opera a partir de presupuestos sobre la concepción de individuo presentes en las declaraciones de derechos francesa y norteamericana del siglo XVIII, matriz normativa del resto de las declaraciones. No obstante, bien podemos hablar de un cuerpo normativo supranacional, específico, que compromete a los países firmantes con su implantación concreta. Con relación a los derechos relativos a la infancia, la Declaración Universal de los Derechos del Niño, de 1959, y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, de 1989, señalan un conjunto de principios.

En este sentido, podemos observar tensión entre una concepción del niño o del adolescente como individuo, portador de derechos análogos a los conferidos a los individuos adultos, por un lado, y una visión que atiende a su condición peculiar, por el otro, considerándolo como potencialmente adulto por ser *sujetos especiales de derecho*, sin dejar de reconocer la desigualdad legal y jurídica desde la cual opera la protección.

La contradicción entre un ideal universalista y las experiencias singulares explica un complejo juego de valores en torno a la protección especial y efectiva. En el caso de los niños está en juego el establecimiento de responsabilidades legalmente sancionadas y reconocidas. En esta cuestión se produce la determinación del sujeto de derechos, que implica dejar de lado su generalidad, para considerarlo en su dimensión específica, según su naturaleza jurídica.

II. Herramientas normativas

Una visión integral del fenómeno jurídico tiene que reconocer un aspecto coercitivo, como así también su aspecto correctivo, que se vislumbra en la exigencia

de racionalidad de las decisiones jurídicas. En este intento de brindar la mayor corrección posible a la decisión judicial, se conjugan las normas, las conductas jurídicamente relevantes y las valoraciones que hacemos sobre estas conductas. Este tipo de decisiones requieren esencialmente de un discurso que exponga su validez.

Si entendemos, según lo establecido por el artículo 594 del Código Civil y Comercial, que la adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger a los niños, niñas y adolescentes para vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, entonces, la adopción debe ser concebida como institución tendiente a hacer efectivos los derechos de los niños y adolescentes, en la medida que se ha visto imposibilitado el mantenimiento en la familia de origen, porque ella no existe, no quieren hacerse cargo o no pueden construir proyectos vinculares sólidos; situación que debe tener como condición la previa construcción de distintas vías de acción concretas que tengan como fin garantizar el derecho de aquellos a permanecer y crecer junto a su familia de origen. Estas acciones implican, por un lado, un abordaje integral al problema familiar y, por el otro, un conjunto de actividades que encuentran su sentido de ser en la finalidad de evitar su separación de su medio familiar y resguardar su interés superior. Sobre todo, si tenemos en cuenta que los padres biológicos forman parte del proceso hasta que se produzca la declaración judicial de situación de adoptabilidad por parte del órgano jurisdiccional. Es por eso que la adopción debe ser vista como el remedio que la norma establece como excepción a permanecer en su familia de origen cuando los padres han fallecido, se ha agotado la búsqueda de familiares, cuando el niño, niña o adolescente no tiene filiación, cuando los padres prestaron un consentimiento informado, o cuando el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña y adolescente tomó la decisión de dictaminar de forma favorable sobre la situación de adoptabilidad, y todo ello en los plazos establecidos en la ley.

El quehacer jurisdiccional requiere de un conjunto de herramientas normativas con las cuales se construye una decisión con perspectiva de género. Entre las normas internacionales que deben ser tenidas en cuenta se encuentran los artículos 2, 3, 6 y 7 incisos b, d, f y g de la Convención de Belém do Pará; artículo 3 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; artículo 24 de la Convención Americana; Observación General 21 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, párrafos 10, 12 y 17; Recomendación General 28 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), (CE párr. 18; Corte Interamericana de Derechos Humanos), “Caso Rosendo Cantú y otra v. México” párrafo 177, Observaciones finales de la CEDAW sobre Argentina del 16 de Agosto del 2010, puntos 23 y 24.

Cabe destacar que los derechos de las mujeres se han visto valorados por la Comisión Interamericana en el documento “Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe” (2019) en el que se ha identificado a las mujeres, niñas y adolescentes como personas en situación particular de discriminación en la región y, en consecuencia, ha priorizado sus líneas de trabajo para promover y garantizar sus derechos fundamentales. Con base en dicho marco, la CIDH ha mantenido un rol esencial en el desarrollo de estándares para la protección y defensa de las mujeres, niñas y adolescentes y ha recomendado de forma consistente a los Estados el adoptar esfuerzos concretos para garantizar, por un lado, la universalidad del sistema interamericano de derechos humanos y, por otro, iniciativas para cumplir con las decisiones y recomendaciones de tanto la CIDH como la Corte Interamericana.

En el caso “Campo algodonero vs. México” (2013), la Corte reconoció la responsabilidad internacional del Estado por el asesinato de tres mujeres en un campo algodonero de Ciudad Juárez, precisando que la investigación deberá incluir una *perspectiva de género* (1).

En el fallo “Penal Miguel Castro Castro c/ Perú” (2008), la Corte incorpora el estándar de la “debida diligencia”, fundado en lo que establece el sistema interamericano en la Convención de Belem do Pará. Este fallo es un precedente valioso para el sistema interamericano al incorporar la perspectiva de género, estableciendo ante una situación violatoria de derechos humanos que afectaba a mujeres y hombres que este puede tener un impacto diferencial según el género, que debe

(1) La demanda se relaciona con la supuesta responsabilidad internacional del Estado por “la desaparición y ulterior muerte” de las jóvenes Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodonero de Ciudad Juárez, responsabilizando al Estado por la falta de medidas de protección a las víctimas, dos de las cuales eran menores de edad; la falta de prevención de estos crímenes; la falta de respuesta de las autoridades frente a la desaparición y la ausencia de debida diligencia en la investigación de los asesinatos, así como la denegación de justicia y la falta de reparación adecuada. La Corte concluye que la violación de la integridad personal de los familiares de las víctimas se ha configurado por las circunstancias sufridas durante todo el proceso desde que las jóvenes Esmeralda Herrera Monreal, Claudia Ivette González y Laura Berenice Ramos Monárrez desaparecieron, así como por el contexto general en el que ocurrieron los hechos. La irregular y deficiente actuación de las autoridades del Estado a la hora de buscar el paradero de las víctimas una vez reportada su desaparición, la mala diligencia en la determinación de la identidad de los restos, de las circunstancias y causas de las muertes, el retraso en la entrega de los cadáveres, la ausencia de información sobre el desarrollo de las investigaciones y el trato dado a los familiares durante todo el proceso de búsqueda de verdad ha provocado en ellos un gran sufrimiento y angustia. Todo ello, a criterio del Tribunal, configura un trato degradante, contrario al artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

ser tenido en cuenta no solo para establecer los hechos sino también las consecuencias jurídicas del caso.

Los Estados son los últimos responsables de la violencia y la discriminación contra las mujeres que se pueda producir tanto en el ámbito público como en el privado. Sobre cada Estado pesa la obligación de *guardar la debida diligencia* para prevenir, investigar, sancionar a los responsables y reparar las consecuencias emergentes de los hechos de los particulares. Esto surge de lo establecido tanto por la CEDAW como por la Convención de Belem do Pará, artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; significa que el derecho internacional de los derechos humanos reconoce que los Estados tienen, en cualquier agente que lo represente, la responsabilidad de proteger a la mujer en su condición de mujer (artículo 7.b de la Convención de Belem do Pará).

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, o la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), se inscriben como parte del derecho internacional de los derechos humanos, con una clara perspectiva de género. Esta perspectiva supone un criterio hermenéutico, que se ve reafirmado en la jurisprudencia de la Corte IDH, como por ejemplo el fallo Rosendo Cantú y otra *vs.* México (2010), donde la Corte IDH había condenado a dicho país por la investigación insuficiente del delito de violación sexual, el cual debe realizarse eficazmente y dentro de un plazo razonable.

La Corte IDH ha establecido que sus fallos poseen efectos vinculantes no solo para los países firmantes del Pacto de San José de Costa Rica. Así, en el caso “Gelman *vs.* Uruguay” (2011) sostuvo que sus sentencias no solo involucran a las partes del caso en análisis, sino que también tiene efectos vinculantes para todos los Estados signatarios de la CADH. En este sentido debe considerarse que la actividad interpretativa de las normas convencionales, tienen una vinculación indirecta *erga omnes*.

Para comprender la importancia de los derechos humanos y su interrelación con los ordenamientos jurídicos nacionales, se requiere, por un lado, desarrollar una actividad interpretativa y por otro generar una acción argumentativa (Alexy, 1995, p. 33). Interpretar y aplicar el derecho es una construcción que se produce a partir de una decisión judicial, basada en una argumentación sólida.

Una de las principales características de todo discurso racional tiene que ver con su coherencia entre los estándares internacionales y las decisiones judiciales. Bien podemos considerar *prima facie* que el objetivo de la decisión judicial debe ser la maximización de los derechos. El cumplimiento de esta premisa, permite una validación objetiva del discurso.

III. El interés superior como principio y fin de la actuación jurisdiccional

La situación particular de cada niño y la adolescente no puede dejar de tenerse en cuenta siguiendo el criterio establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño; artículos 2 y 19 de la Convención Americana; 75 inc. 2 y 23 de la CN y Observación General 7 del Comité de los Derechos del Niño.

Ante el aparente conflicto de derechos e intereses se debe aplicar el principio *favor minoris*, con expresa recepción en los artículos 3 y 5 de la ley 26.061, así como en el artículo 4 de la ley 13.298, conforme al cual, ante la posible colisión o conflicto entre los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes en oposición a otros derechos e intereses igualmente legítimos, han de prevalecer los primeros.

Pero no es este el único principio que hay que tener en cuenta, sino también debe considerarse el principio de precaución, que exige valorar también los riesgos, daños futuros y otras consecuencias de la decisión en la seguridad de los niños. Por lo tanto, el “interés del menor” es un criterio para lograr la protección de la persona y los bienes de un niño, niña o adolescente determinado, por sus circunstancias históricas, analizando en concreto la particularidad que presenta cada caso (Ac. 79.931, sent. del 22-X-2003).

Determinar concretamente del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas espacio temporales. Esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño de que se trate, como su edad, su sexo, su grado de madurez, su opinión, su experiencia, su pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño, por ejemplo, la presencia o ausencia de sus padres, el hecho de que viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, su entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores.

Todos estos elementos deben ser ponderados con base en garantizar el disfrute pleno y efectivo de sus derechos. Sin embargo, entendemos que la única forma de concretar este interés es tener como objetivo la máxima realización de sus derechos. En este sentido, podemos afirmar que lo fáctico es el dato empírico sobre el que se apoya una decisión que tiene como objetivo la maximización de los derechos del niño. Esto no es otra cosa que optar por el niño, buscando que se efectivicen sobre un niño o adolescente vulnerado, la mayor cantidad de derechos.

La preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones con sus padres dependen de la capacidad de la familia para cuidar del niño, por lo tanto, la separación debe ser evaluada como una condición necesaria para protegerlo,

“debiéndose barajar dicha posibilidad en los casos en que la asistencia que la familia requiere para preservar la unidad familiar no sea suficientemente eficaz para evitar el riesgo de descuido o abandono del menor o un riesgo para su seguridad o integridad, en cuyo caso el Estado debe previamente garantizar que la situación del niño y su familia haya sido debidamente evaluada” (ONU, 2013, párrs. 62, 63 y 64).

En estas decisiones se ponen en juego institutos jurídicos de suma relevancia, como el interés público, el interés de los niños, niñas y adolescentes, la celeridad procesal, la equidad y la seguridad jurídica, sumamente ponderables en toda decisión que tomen los jueces (Ac. 56.535, sent. del 16-III-1999; Ac. 84.418, sent. del 19-VI-2002, entre otras).

En principio, podemos pensar que las sentencias que declaran la situación de abandono de los niños tendrían que asegurar el derecho de mantener los vínculos familiares y la comunicación del grupo de hermanos y posiblemente con su progenitora, respetando en todo momento los tiempos y necesidades de los niños en su condición de sujetos de derechos y en función de su interés superior. Este principio no tiene un concepto unívoco sino dinámico, debido a que su contenido se reinterpreta de manera diferente para cada niño, conforme las necesidades y repercusiones de lo que se decide y reconociendo las características propias de cada uno de ellos.

A partir de la prueba se determinará la situación fáctica y el interés de cada niño, niña y adolescente de aquellos miembros de la familia de origen con los que es necesaria la preservación de algún lazo afectivo, de aquellos otros que no lo justifican y que cabe descalificar. Se sabe que la afectación de cualquier esfera de la vida de un niño repercute en su desarrollo general. Por lo tanto, la determinación del tipo de adopción se proyecta en el futuro. Por ejemplo, la relación que se mantenga con los progenitores y los hermanos, en la medida que se preserve los lazos sanguíneos y en el caso que se limite la relación con los abuelos.

El juez deberá evaluar la posibilidad de mantener subsistente el vínculo jurídico con los progenitores y hermanos, aunque se otorgue la adopción plena o, en su caso, crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en una adopción simple. Pero todo ello debe considerarse tomando en cuenta la base fáctica para determinar el interés superior de cada uno de los niños y adolescente, y si la familia inmediata no puede cuidar de los niños, ni es posible proporcionarles atención alternativa dentro de la familia extensa, ni dentro de la comunidad en un entorno familiar adecuado. Por otro lado, ese aspecto fáctico requiere el consentimiento para asegurar la debida participación de los mismos, los vínculos fraternos y el desarrollo dinámico de la identidad.

IV. Frente a las distintas formas de adopción

El nuevo Código Civil y Comercial estatuye un triple régimen de adopción: la adopción plena, la adopción simple y la adopción integrativa. La principal nota distintiva de las primeras dos modalidades radica en la extinción o no del vínculo de parentesco biológico entre el adoptado y su familia de origen. La elección del tipo de adopción depende de las circunstancias de hecho, sin embargo, el juez tiene la facultad para disponer un tipo adoptivo distinto del solicitado (conf. artículo 621 y cctes. CCiv. y Com.).

En el caso de tener que decidir sobre el problema de mantener a los hermanos unidos o separados, se debe considerar la realidad en la que se encuentran, claro que la preferencia debe ser por la mantención del grupo familiar; sin embargo, cuando esto resulta dificultoso o imposible, el interés del niño debe evaluarse teniendo en cuenta si se encuentra integrado a alguna otra familia. Las familias adoptivas no son de ninguna manera menos que la familia de sangre y, por lo tanto, se debe respetar el proceso de adopción que deben sobrellevar, con sus alternativas y sus propios tiempos, no pudiendo ser dejados de lado. El interés superior debe situarse en la familia que actualmente integra el niño, y no en la que no pudo llegar a ser, por imposibilidad de los progenitores o por parte de la familia extensa.

El interés superior del niño puede ser tenido en cuenta de múltiples maneras, todas ellas válidas según la fundamentación que se dé al respecto. El interés superior es un principio que determina una *ratio legis* en un sentido estrictamente interpretativo, ya que constituye un argumento de peso dentro del discurso técnico jurídico. Para algunos este concepto del interés superior resulta ser totalmente indeterminado y, por lo tanto, de difícil concreción, por encontrarse dentro de la esfera de la subjetividad, haciendo depender su contenido de la valoración que realiza el operador jurídico. No obstante la existencia de distintas posiciones, podemos reconocer un sentido multifacético que dificulta su apreciación, porque depende de la consideración de las circunstancias del caso (aspecto material) y la formulación del interés, lo que implica determinar a futuro la mejor posibilidad para el desarrollo integral del niño, realizando una valoración sobre lo que conviene y debe realizarse (aspecto formal).

No podemos dejar de pensar que el Derecho intenta dar respuestas a los conflictos humanos. En definitiva, los operadores jurídicos pretenden resolver cuestiones específicas en las que se ponen en juego los intereses de las distintas partes, los que, en muchos casos, su defensa asume una configuración de lucha, en los que cada interesado mantiene una contienda tratando de sacar el mejor provecho. Estos conflictos de intereses dan fundamento a la existencia de conflictos. No cabe duda que desde esta perspectiva la preocupación del sistema normativo en reconocer y preferir el interés de los niños, niñas y adolescentes por sobre el

de las personas mayores tiene un sentido funcional y operativo, en tanto que delimita líneas de acción. El interés superior del niño responde a un aspecto fáctico y otro filosófico-jurídico que atiende a los derechos que efectivamente deben ser preservados.

El objeto de la ley 26.061 es, según el artículo 1, “(...) la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina (...)”, bajo la expresa intención de garantizar el ejercicio y disfrute *pleno, efectivo y permanente* de todos los derechos que se encuentren reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales que hayan sido ratificados por el Estado Nacional; por eso, como lo subraya la ley, la Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia.

Toda medida o decisión administrativa y judicial utiliza como criterio de los actos jurisdiccionales la protección del interés superior del niño como principio rector. La ley provincial 13.298 establece que el interés superior del niño es una máxima que posee una proyección concreta cuando se asegura la satisfacción integral de sus derechos, como así también el despliegue integral y armónico de su personalidad. Por lo tanto, para propender a la mejor tutela de sus derechos, se debe considerar un conjunto de aspectos que enlazan y fundamentan una respuesta del órgano jurisdiccional.

Estos criterios que hemos señalado tienen su fundamento en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), la Resolución N° 40/33 de la Asamblea General, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, la Resolución N° 45/113 de la Asamblea General, las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices del RIAD) y la Resolución 45/112.

La apreciación del interés superior del niño es una cuestión compleja y su contenido debe determinarse caso por caso. Puede definirse al “interés” como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no es concebible un interés del menor puramente abstracto, por lo que debe quedar excluida toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (Ac. 63.120, sent. del 31-III-1998; Ac. 73.814, sent. del 27-IX-2000; Ac. 79.931, sent. del 22-X-2003).

Debe tenerse en cuenta que en relación con los niños niñas y adolescentes, toda medida está signada por la provisionalidad, en tanto lo que hoy resulta

conveniente mañana puede ya no serlo, y a la inversa, lo que hoy aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente (Ac. 66.519, sent. del 26-X-1999; Ac. 71.303, sent. del 12-IV-2000; Ac. 78.726, sent. del 19-II-2002) —voto Pettigiani del 16 de marzo de 2016, en la causa C. 119.647, “M., S.A. Guarda”—.

V. Algunas cuestiones jusfilosóficas sobre la interpretación

Hans Kelsen ha sostenido que existe una gran dificultad en las normas, dada la indeterminación que posee el texto normativo o por la complejidad que presenta su redacción. Esto no quita que el derecho se presente como un marco de posibilidades, dentro del cual se tengan distintos caminos a seguir, según sus propios matices. Todos ellos resultan ser válidos si se mantiene un marco de referencia dentro del cual se debe encontrar la solución del caso específico (Kelsen, 2009, p. 352). No hay una única respuesta correcta, sino una multiplicidad de respuestas posibles, que encuentran su limitación en el marco brindado por el sistema jurídico en su conjunto. Claro que lo interesante de la cuestión es la de establecer cuál es la decisión correcta bajo ciertas circunstancias específicas, por lo que consideramos que esta respuesta se encuentra en manos del propio juez de la causa, quien, por medio de su resolución, debe darnos una clara respuesta de los aspectos argumentales que fundamentan su decisión.

El orden jurídico, por lo tanto, tiene un sentido dinámico, no solo porque las normas dependen de su interpretación, sino también por su forma de aplicación. Este proceso de interpretación no proporciona un resultado matemático, sino que siempre existe la posibilidad del libre juego de la discrecionalidad. Es la situación específica la que establece el cuándo, cómo y dónde; estas particulares circunstancias del caso concreto son las que el juez toma en cuenta para responder a la pregunta de cómo debe aplicarse la norma. En este sentido, el juez desarrolla una actividad creadora, que consiste en la interpretación y aplicación de la ley. Esta acción creadora se produce en la medida que el órgano de aplicación realiza una actividad cognitiva y pone en juego su libre discrecionalidad para decidir acerca de la norma de aplicación.

Las normas nos permiten valorar jurídicamente a las conductas como jurídicas o antijurídicas, como prohibidas o permitidas. Sin embargo, si no existe una configuración normativa para un caso particular, nos encontramos en presencia de una laguna jurídica. Este es el resultado de una valoración jurídica que no es recepcionada por el ordenamiento y difiere de las soluciones propuestas por las normas existentes. Estas lagunas permiten el desarrollo de un juego dialéctico entre los elementos dogmáticos, que permite llegar a la producción de una solución estimativa diferenciada e imprevista. La interpretación comienza con la observación

empírica del aspecto material del fenómeno jurídico, que no es otro que la conducta, la cual se comporta como substrato de nuestro conocimiento.

Esta doble implicancia entre *substrato* y *sentido*, o, si se quiere, entre comportamientos y su categorización jurídica, no es pacífica y nos revela que un mismo texto puede ser aplicado de formas diferentes para la resolución de una situación. Por lo tanto, se debe distinguir entre lo que el texto normativo dice y aquello que llamamos su significación. Cuando se interpreta se conjugan dos elementos: el texto normativo y su significación. El primero tiene que ver con aquello que este dice y que podemos denominar como lo *expuesto*; este se convertirá en nuestro objeto de análisis. El segundo elemento se relaciona con aquello que llamamos lo *expresado*; esto no es más que las interpretaciones que ha recibido el mismo texto en distintos momentos o a lo largo de un determinado período. Sin embargo, no podemos dejar de tener que confrontar estos dos aspectos si entendemos que la interpretación implica una *relación dialéctica*, de confrontación argumentativa, entre lo que se dice y lo que se aplica.

Cuando pensamos que las normas tienen como función lógica categorizar las conductas, estamos diciendo que la legalidad de las conductas depende de lo que las normas nos digan. Entendemos que la norma nos permite darle un sentido a la conducta, en tanto que sirven como marco de referencia para valorar jurídicamente los comportamientos adoptados, tanto por los funcionarios como por los individuos particulares.

Los jueces encuentran un marco normativo, el fundamento último de sus decisiones, las cuales no pueden alterar el contenido de la ley. Sin embargo, la decisión correcta depende de la valoración de los hechos y el marco normativo que debe tener en cuenta el juez a la hora de establecer el sentido jurídico de una situación específica.

Existe la necesidad de determinar cuándo una sentencia es sustentable; bien podemos decir que ella puede surgir a partir de la armonía que debe darse entre el proceso de decisorio en el cual la norma juega un papel fundamental y la búsqueda de una corrección argumental del discurso judicial. De este modo se construye una línea jurisprudencial, en la medida que se desarrolla un razonamiento judicial que, por su solidez, puede ser tomado como referente y ser considerado como precedente, no necesariamente como innovador, sino como fuente de razonabilidad. Esto tiene que ver con la justificación de la decisión; sabemos que todo caso es particular y aporta sus propias *exigencias* a la actividad cognitiva. Son los distintos operadores judiciales quienes deben atribuirle un sentido jurídico a esa conducta individual. En esta atribución de sentido, la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos amplía el horizonte de los criterios interpretativos que nos permiten construir el fenómeno jurídico en una dimensión

holística particular en la medida que un hecho se puede conjugar con las reglas y principios que forman parte del ordenamiento jurídico (Alexy, 2003, p. 21).

VI. Teniendo en cuenta los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales requieren, para su aplicación, una fundamentación racional. Es que no puede pensarse el derecho sin un criterio de racionalidad y proporcionalidad, sobre todo porque las normas forman parte de una construcción cultural que pretende establecer cierto grado de objetividad, de modo tal que no queden espacios en los que pueda colarse la subjetividad, si bien reconocemos que cada caso se presenta como una situación específica sobre la cual el juez debe dictar una resolución que brinde una real solución jurídica. La individualidad del caso, como las particularidades de la decisión, nos permite reconocer aspectos subjetivos que siempre se encuentran presentes en el ámbito del derecho.

Sin embargo, esta afirmación no es en desmedro del mundo normativo, sino en beneficio de la mejor aplicación del derecho; esto tiene que ver con hacer efectivos los derechos de forma proporcional.

Para poder profundizar esta cuestión debe diferenciarse entre reglas y principios. Las primeras exigen algo definitivo sobre lo cual no hay discusión posible, exigen solo una satisfacción posible, que se cumpla lo que ellas ordenan y su aplicación es por medio de la subsunción.

Los principios son algo muy distinto. Funcionan como mandatos de optimización, porque exigen que se realicen en la mayor medida posible y su aplicación depende de la ponderación. Esto implica que se tengan en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas al momento de su concreta aplicación. Cuando se considera la aplicación de algún principio, se debe buscar su mejor optimización, en otras palabras, lograr su mejor realización.

Si en un caso concreto dos principios colisionan, se requiere de la ponderación a fin de reconocer el principio de mayor peso. Es importante destacar que el peso de los principios es relativo, en la medida que deben ser considerados según cada caso, por lo cual en una situación un principio puede tener mayor peso en una circunstancia determinada y menor peso frente a otra, en la cual otro principio se le puede atribuir mayor peso.

El peso de los principios tiene que ver con la posibilidad de su concreción y con la necesidad de su aplicación. El proceso de ponderación de principios, primeramente, requiere que estos sean enunciados y que luego se argumente sobre ellos. En este sentido, hay que tener en cuenta que el caso contrario sería el de la elección de un principio por sobre otro, renunciando a toda fundamentación racional,

y esto para la aplicación del derecho implica la renuncia a su sentido instrumental. Esto es así cuando entendemos que el derecho es el mejor medio para que en una sociedad prevalezcan ciertas finalidades.

En este proceso de ponderación también comienza a jugar un elemento político, en la medida que se establezca un modo y un tipo de intervención estatal. Intervención por parte del poder judicial, que en su forma se puede calificar de grave o moderada, en tanto se pretenda garantizar el interés público por sobre el ámbito privado, o mejor dicho sobre la vida de las personas. Pensemos como ejemplo solamente la cuestión de la preservación de datos personales o la divulgación de esos datos en redes sociales, que se confrontan con el derecho a la intimidad y la obligatoriedad del estado de brindar seguridad a sus ciudadanos.

Todo esto no hace más que permitirnos reconocer la importancia que tiene en el ámbito jurídico la racionalidad discursiva. El aspecto discursivo del derecho se vincula directamente con aquello que decimos que es el derecho y como entendemos que debe ser aplicado. Después de todo, las sentencias son el reflejo de esta cuestión, en la medida que los jueces establecen aquello que nos dicen las normas y cuál es el modo de hacerlas efectivas. Los magistrados se encuentran obligados a interpretar las normas para considerar cómo estas deben ser aplicadas.

En el discurso jurídico entendido como proceso deliberativo se construye con base en una elaboración racional en la que intervienen los principios, las reglas y las normas, que se encuentran en el derecho convencional de los derechos humanos y en el ordenamiento jurídico nacional (Alexy, 1995, p. 68).

VII. Conclusión

Dentro del ordenamiento jurídico encontramos, por un lado, a las normas, que pueden ser reconocidas como reglas, cuya satisfacción depende de su cumplimiento, en tanto que exigen algo definitivo. Por otro lado, encontramos a los principios, que se presentan con la exigencia de lograr su mayor realización. Esto depende de las posibilidades jurídicas y objetivas, porque no solo deben encontrarse decisiones que pretendan la realización de los derechos fundamentales con la finalidad de asegurarlos, sino que, además, estos puedan concretarse de alguna forma que permitan su efectividad.

Esta mayor medida posible naturalmente implica que su aplicación resulte ser la más óptima, de tal forma que el principio que se encuentra en juego resulte ser idóneo, necesario y proporcional. Un principio es idóneo cuando su elección no va en detrimento de otros y provoca consecuencias menos gravosas, de modo que la decisión que se adopte no pueda ser considerada como desproporcionada. El principio es necesario cuando su aplicación evita consecuencias dañosas e

irreparables; esto también tiene que ver con el aspecto fáctico, sobre la posibilidad de su concreción.

Se utiliza la ponderación para considerar los principios en colisión y decidir su aplicación. Este proceso de ponderación requiere la aplicación de una dimensión sustancial que nos permita desarrollar una argumentación válida sobre la cual sustentar la decisión. Es necesario encontrar razones convincentes y justificaciones de la intervención judicial ya sea que esta tenga un mayor o menor grado.

Cuando se argumenta a favor de institucionalización de la razón práctica, se pretende que el discurso jurídico explicita la pretensión de corrección que debe encontrarse inserta en toda decisión jurisdiccional. Esta es la dimensión ideal del derecho, que le otorga a la razón el aspecto estructural que permita darle a la argumentación un sustento específico, sobre el que cobra forma la corrección del derecho.

La naturaleza del derecho la encontramos en su doble dimensión, coercitiva y correctiva. Es esta última la que nos permite entender que la decisión jurisdiccional no puede renunciar a la pretensión de justicia, sobre la cual se sustenta el aspecto fáctico del poder judicial, en la medida que lo institucional debe responder a los objetivos que impone el ordenamiento jurídico.

No es menos cierto que el juez es un referente fundamental de la comunidad, en tanto que cumple un rol decisivo en el aparato burocrático del Estado, pudiendo disponer de las personas. En este sentido, tampoco es menos importante que el juez establezca las razones de su decisión, sobre todo si tenemos en cuenta que el futuro de las vidas de quienes formaron parte de un proceso judicial depende de su resolución. Por eso nos interesa detenernos en la construcción de la decisión.

Algunos se preguntarán si estamos haciendo un análisis errado, pretendiendo establecer pautas o criterios generales para situaciones tan concretas como el proceso de adopción, que implica concentrarse en la peculiaridad de la situación, realizando un análisis de los hechos y las circunstancias en la que se encuentran involucradas las personas. No podemos negar la importancia de la particularidad de cada caso, pero pensamos que es posible trazar líneas estratégicas o, si se quiere, principios de acción. Sobre todo, si tenemos en cuenta que el derecho no se resume en sus diversas ramas, sino que conforma una totalidad, en tanto que podemos pensar en un sistema jurídico como totalidad estructural formado por normas civiles y por principios constitucionales y convencionales.

Es un deber de los magistrados actuar en los casos de guarda con fines de adopción y en la adopción propiamente dicha con la debida agilidad, a fin de evitar demoras injustificadas en la toma de decisiones que afecten a los niños involucrados,

porque no se puede privarlos de la tutela judicial efectiva. En consecuencia, la eficacia de los derechos y garantías reconocidos en los diversos instrumentos convencionales conlleva la necesidad de priorizar los principios procesales mencionados en el artículo 706 del Código Civil y Comercial (tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad y oralidad).

Bien sabemos, por experiencia, que la efectividad de los derechos depende de una decisión rápida y razonada. Las demoras en esta materia ocasionan un daño irreparable, el tiempo de los niños no es el de los adultos, porque está en juego la construcción de su estructura psíquica para el desarrollo de una vida digna. Bajo esta premisa debe considerarse el interés superior del niño.

El juez no cumple un rol pasivo en la aplicación de las normas, su función consiste en aportar racionalidad a la situación conflictiva, por ello, no puede apartarse de una decisión lógicamente construida; esto requiere de la selección de los principios en juego y de la elección de la normativa aplicable. Asimismo, conlleva a una valorización de los hechos presentes en cada caso que se le presenta al operador jurídico, con el objeto de descubrir los intereses en juego. Sin embargo, esto queda trunco si no se tiene en cuenta el sentido jurídico que las normas le otorgan a las acciones; importa evaluar la mejor solución posible teniendo en cuenta las diversas circunstancias que permitan reconocer la ineficacia de otra solución. Sabemos que el juez tiene la obligación jurídica de dictar un fallo y fundamentarlo razonadamente, esto requiere de la mayor objetividad a la hora de emitir su decisión. Sabemos en las ciencias sociales que siempre se puede presentar esquivas esta opción porque se dificulta eliminar totalmente la subjetividad en quien debe emitir una decisión. Es evidente que el camino implica la búsqueda de criterios compartidos. No se puede dejar de considerar los argumentos discursivos elaborados por los precedentes jurídicos. La formalización de la jurisprudencia asegura una lógica argumentativa plausible.

VIII. Bibliografía

Alexy, R. (1995). *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Alexy, R. (2003). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.

Cueto Rúa, J. (2000). *La experiencia judicial*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Kelsen, H. (2009). *Teoría Pura del Derecho*. México: Porrúa.

Petev, V. (1996). *Metodología y Ciencia Jurídica en el Umbral del Siglo XXI*. Argentina: Universidad Externado de Colombia.

Legislación

Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion> [Fecha de consulta: 21/02/2020].

Constitución de la Nación Argentina. Recuperado de <https://bibliotecadigital.csjn.gov.ar/Constitucion-de-la-Nacion-Argentina-Publicacion-del-Bicent.pdf>

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belén Do Pará). Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/convencion_belem_do_para.pdf

Observación General 21 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Recomendación General 28 de la CEDAW. Recuperado de https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/CEDAW_Recomendaci%C3%B3n_General_28_ES.pdf [Fecha de consulta: 10/12/2019].

Documento sobre Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaMujeresNNA.pdf> [Fecha de consulta: 26/09/2020].

Ley N° 23.849. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/249/norma.htm> [Fecha de consulta: 06/10/2019].

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores “Reglas de Beijing”. Recuperado de <http://www.cidh.oas.org/Ninez/pdf%20files/Reglas%20de%20Beijing.pdf>. [Fecha de consulta: 12/09/2019].

Ley provincial 13.298. Recuperado de www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/1-13298.html [Fecha de consulta: 02/02/2016].

Ley 26.061. Recuperado de www.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Nuevo/26061.pdf [Fecha de consulta: 15/02/2016].

Jurisprudencia

Corte IDH. (2013). Caso “González y Otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”.

Corte IDH. (2017). “Penal Miguel Castro Castro c. Perú”.

SCBA. Acuerdo 70.180, “B., P. A. Adopción” (2000).

SCBA. Causa 116.673, “Z., V. contra R., D. Medida cautelar” (2012).

SCBA. Acuerdo 79.931. “A., K. E. s/Adopción plena” (2003).

Fecha de recepción: 30-03-2020

Fecha de aceptación: 20-09-2020

La protección de las relaciones intergeneracionales entre nietos y abuelos en el Código Civil y Comercial. Consideraciones a partir de una lectura transversal

POR FLORENCIA VAZZANO(*)

Sumario: I. Introducción a la temática.- II. La relación alimentaria entre nietos/as-abuelos/as: su relectura en clave constitucional-convenional.- III. La relación de comunicación entre nietos/as-abuelos/as: su redefinición a partir de la llegada de los derechos humanos.- IV. La adopción: una recepción respetuosa de los vínculos entre nietos/as-abuelos/as biológicos/as.- V. Las relaciones intergeneracionales entre nietos/as-abuelos/as, bisnietos/as y bisabuelos/as en la guarda y en la delegación de la responsabilidad parental.- VI. Reflexiones finales.- VII. Bibliografía.

Resumen: las familias de la actualidad se desenvuelven en escenarios de múltiples *interacciones intergeneracionales* (Dabove, 2008), dentro de las cuales se destacan en este trabajo las que se entablan entre nietos/as y abuelos/as, así como también entre bisnietos/as y bisabuelos/as (Grosman y Herrera, 2011). El Código Civil y Comercial refleja en sus diversas captaciones la protección de las relaciones intergeneracionales entre nieto/as y abuelo/as, así como entre bisnieto/as y bisabuelo/as, integrándose al sistema jurídico en consonancia con las exigencias que devienen de los estándares internacionales y constitucionales en la materia. De allí que el presente trabajo tiene como propósito mostrar que la trascendencia que se asigna a dichas interacciones se desprende del análisis de

(*) Abogada. Magister en Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Rosario (UNR). Prof. Teoría General del Derecho y Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires (UNICEN). Investigadora integrante del Instituto de Estudios Jurídicos y Sociales (IEJUS), Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires (UNICEN).

diversos institutos incorporados al Código Civil y Comercial a partir del impacto del derecho internacional de los derechos humanos, así como de la reinterpretación de figuras tradicionalmente receptadas por el mundo jurídico.

Palabras claves: abuelos - nietos - interacciones - protección - Código Civil y Comercial

The protection of intergenerational relations between grandchildren and grandparents in the Civil and Commercial Code. Considerations from a cross reading

Abstract: *the families operate in scenarios of multiple intergenerational interactions, (Dabove, 2008), among which the ones that stand out between grandchildren and grandparents, as well as between great-grandchildren, stand out in this work. and great-grandfather / as (Grosman-Herrera, 2011). The Civil and Commercial Code reflects in its various deposits the protection of intergenerational relationships between grandchildren and grandparents, as well as between great-grandchildren and great-grandparents, integrating into the legal system in line with the demands that come from the standards international and constitutional on the matter. Hence, the purpose of this work is to show that the significance assigned to such interactions is evident from the analysis of various institutes incorporated into the Civil and Commercial Code based on the impact of International Human Rights Law, as well as from the re-interpretation of figures traditionally received by the legal world.*

Keywords: *Grandparents - grandchildren - interaction - protection - civil and commercial code*

I. Introducción a la temática

Las familias de la actualidad se desenvuelven en escenarios de múltiples *interacciones intergeneracionales*, es decir, vinculaciones entre sujetos que pertenecen a generaciones diversas, dentro de las cuales se destacan en este trabajo las que se entablan entre nieto/as y abuelo/as, así como también entre bisnieto/as y bisabuelo/as.

El proceso de envejecimiento poblacional como fenómeno demográfico, iniciado a partir de mitad del siglo XX y el mejoramiento de las condiciones de vida gracias a los aportes de la ciencia y de la tecnología constituyen los contextos propicios para el desarrollo de las relaciones familiares entre las distintas generaciones (Dabove, 2008). En ese marco, los abuelos/as/bisabuelos/as asumen tareas de cuidado activas y significativas a favor de sus nietos/as/bisnietos/as, que son niños/as o adolescentes, ante escenarios familiares de ausencias, incumplimientos

e imposibilidades por parte de lo/as progenitores, en razón de muy variadas circunstancias.

Las relaciones intrafamiliares entre los/as sujetos que integran las mencionadas generaciones reciben su debida protección en el complejo jurídico a través de respuestas inspiradas en la protección de la “persona” y, en particular, mediante un especial resguardo de los derechos de los/as nietos/as o bisnietos/as, que son niños/as y adolescentes, y abuelos/as o bisabuelos/as, que son personas mayores.

El Código Civil y Comercial (CCiv. y Com.) se integra al sistema jurídico en respuesta a las exigencias que devienen de los estándares internacionales y constitucionales en la materia. En ese marco exige el desarrollo de aquellas interacciones en marcos de respeto por la autonomía, igualdad y dignidad de ambas generaciones, así como también visibiliza los roles activos que desempeñan lo/as abuelo/as y bisabuelo/as en el seno de las familias de la actualidad.

En razón de lo expuesto, la presente ponencia tiene como propósito mostrar que el sistema jurídico confiere una especial protección a las relaciones intergeneracionales conformadas por nietos/as y abuelos/as, comprensivo de bisnietos/as y bisabuelos/as. Si bien dicha protección se observa en todo el complejo jurídico, este trabajo se centra en el análisis de institutos incorporados al CCiv. y Com. a partir del impacto del derecho internacional de los derechos humanos, o de la reinterpretación de figuras tradicionalmente receptadas por el mundo jurídico. De allí que la temática se aborde desde una lectura transversal de distintas instituciones receptadas por el cuerpo normativo que demuestran lo antedicho: las relaciones entre nietos/as y abuelos/as (1) en el marco del deber-derecho alimentario, del derecho de comunicación, de la adopción, de la guarda y de la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental.

II. La relación alimentaria entre nietos/as-abuelos/as: su relectura en clave constitucional-convencional

La protección especial que el CCiv. y Com. confiere a las interacciones entre nietos/as y abuelos/as —y bisnietos/as y bisabuelos/as— se observa en la actual regulación de la relación alimentaria integrada por niños/as y adolescentes como beneficiarios/as de los alimentos. La recepción actual constituye el producto de un proceso de deconstrucción y reconstrucción suscitado a partir del impacto de la Convención sobre los Derechos del Niño en el derecho de familias. Sustancialmente, el artículo 27 de este instrumento internacional se ha constituido en una de las disposiciones claves sobre la temática, en cuanto consagra el derecho de

(1) Comprensivo de bisnietos/as y bisabuelos/as.

los/as niños/as y adolescentes a un nivel de vida adecuado (inciso 1°), así como el derecho a que ello sea proporcionado por sus progenitores y “otras personas encargadas”, dentro de las cuales se encuentran los/as abuelos/as y bisabuelos/as (inciso 2°). En consonancia con el texto convencional, la institución ha pasado de una mirada exclusivamente civilista a una mirada “convencionalizada” y “constitucionalizada”, que coloca en el centro de interés a los derechos humanos involucrados (Molina de Juan, 2014). Desde la perspectiva actual, se trata de una relación intergeneracional garantizadora de los derechos de supervivencia y desarrollo integral de los/as niños/as y adolescentes (Scherman, 2015).

El CCiv. y Com. asume esas exigencias valorativas, pues mantiene la subsidiariedad de la responsabilidad alimentaria de los/as abuelos/as —conforme se ha previsto desde la legislación anterior—, pero, no obstante, incorpora ciertas “especialidades” a favor de los/as alimentados/as que son niños/as y adolescentes. La mirada especial se observa mediante la recepción de un principio de *flexibilización procesal* que permite a la parte actora accionar contra los/as ascendientes *en el mismo proceso* en que se demanda a los/as progenitores, sin necesidad de agotar todas las instancias que prueben el incumplimiento paterno o materno (Herrera, 2015). Asimismo, la mencionada flexibilización posibilita que la parte actora pueda acreditar *verosímelmente* las dificultades para percibir los alimentos del/la otro/a obligado/a principal (2). El término “verosímil” empleado por la norma significa que no se exige certeza, sino probabilidad del hecho objetivo (imposibilidad de cobrar los alimentos), tratándose, por ende, de una prueba *prima facie* (Bay, 2013).

La mencionada flexibilización receptada en el Código tiende a asegurar la celeridad en la realización del derecho a la alimentación de los/as niños/as y adolescentes, como así también visibiliza la trascendencia de la función alimentaria de los abuelos/as/bisabuelos/as frente a los incumplimientos de los/as progenitores, en cuanto dato sociológico relevante que merece una respuesta jurídica especial. En otras palabras, en razón de la realidad imperante que exhibe roles de alimentación por parte de los abuelos/as y bisabuelos/as —muchas veces de manera espontánea—, la legislación reorganiza los medios para garantizar una eficaz satisfacción del interés superior del niño. Cecilia Grosman (2004) ha expresado que las reformas en materia de alimentos deben sustentarse en mecanismos que faciliten el acceso a la justicia, que reflejen el especial desvelo por el factor tiempo mediante la eliminación de la ritualización procesal que pone tintes dramáticos a la urgencia alimentaria.

(2) El artículo 668, en su primera parte, flexibiliza los pasos procesales, indicando que “Los alimentos a los ascendientes pueden ser reclamados en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso (...)”.

Por otro lado, la especialidad en la protección se refleja mediante la inclusión del rubro *educación* dentro del contenido del deber de alimentos a cargo de los/as parientes, *cuando los/as beneficiarios/as son niños/as o adolescentes*. De esta manera, la legislación extiende el alcance de la responsabilidad alimentaria de los/as abuelos/as-bisabuelos, dejando atrás el criterio más restrictivo del código anterior. Ello constituye uno de los aportes más significativos en la temática, considerando que se trata de una medida legislativa que procura el resguardo del derecho a la educación de los niños/as y adolescentes. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado, en relación con el derecho a la educación y al derecho a la salud de los niño/as y adolescentes, que “ambos suponen diversas medidas de protección y constituyen pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños (...)” (Corte IDH, O.C., Nº 17, 28/8/2002, Condición Jurídica y derechos humanos de la niñez).

En suma, la responsabilidad de los abuelos/as o los bisabuelos/as requiere de su lectura en clave constitucional y convencional, siendo una de las funciones preponderantes que el complejo jurídico les atribuye en beneficio de sus nietos/as o bisnietos/as, en particular tratándose de niños/as o adolescentes. La trascendencia de este rol ha sido señalada por el Prof. Ciuro Caldani (2017), quien ha expresado que el derecho a recibir alimentos merece el reconocimiento de una nueva área jurídica que denomina “derecho de la alimentación”, como parte integrante del derecho de la salud. En ese marco, ha indicado que alimentar implica:

(...) hacer subsistir y crecer (...). El Derecho de la Alimentación es el de la subsistencia y el crecimiento del individuo para que alcance a desarrollarse plenamente, para que llegue a ser persona. La alimentación nutre y es diversa del mero comer, con la que a veces se la confunde (...). El Derecho de la Salud y el Derecho de la Alimentación son vertientes de importancia básica en la construcción de lo jurídico. Para que la persona pueda existir y generar el resto de su juridicidad debe alimentarse (Ciuro Caldani, 2017, p. 71).

III. La relación de comunicación entre nietos/as-abuelos/as: su redefinición a partir de la llegada de los derechos humanos

La especial protección de las relaciones entre nietos/as y abuelos/as —comprensivo de bisnieto/as y bisabuelo/as— se desprende, asimismo, de la regulación del *derecho-deber de comunicación*, cuya recepción en el CCiv. y Com. responde al camino de “redefinición” del instituto, trazado en el seno de la ciencia jurídica y de la jurisprudencia, como resultado de la fuerza normativa de la Convención sobre los Derechos del Niño. Así, los redactores del Código han expresado que se trata de un derecho-deber que involucra “por igual a dos personas que no se

visitan, sino que se relacionan, se comunican, y profundizan vínculos afectivos fundados principalmente en el parentesco” (Fundamentos del anteproyecto de CCiv. y Com., 2012, p. 586).

El artículo 555 del Código contempla, de este modo, un “derecho humano bidireccional”, es decir, de titularidad tanto de los niños/as y adolescentes como de sus abuelos/as y bisabuelos/as. La consagración en el cuerpo normativo responde a la exigencia de preservación de las relaciones familiares entre los/as parientes que surge del artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, del artículo 11 de la ley 26.061 y del artículo 7 de su decreto reglamentario, como así también del artículo 8 de la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, el cual reconoce el derecho de las personas que transitan la vejez a la participación activa, productiva, plena y efectiva dentro de la familia.

El ejercicio, goce y disfrute del derecho humano plasmado en el artículo 555 del Código constituye la regla general, ello significa que tanto los niños/as y adolescentes como sus abuelos/as deben contar con posibilidades reales de comunicarse espontáneamente y sin interferencias por parte de terceros/as, entre ellos/as los/as progenitores, tutores u otras personas encargadas del cuidado de aquellos/as. No obstante, la última parte de la norma contiene una *facultad de oposición a la comunicación*, teniendo en cuenta que quienes tienen el deber de no intervenir en el desarrollo de los lazos afectivos de los niño/as y adolescentes tienen, a la vez, la obligación de proteger su integridad psicofísica, de allí que pueden oponerse a la comunicación con fundamento en posibles perjuicios a su salud mental o física.

En el marco de las interpretaciones efectuadas sobre esta relación intergeneracional, se ha indicado que la figura de los/as abuelos/as ocupa un lugar de suma importancia en la vida de sus nietos/as, tanto en el plano afectivo como en su socialización (Kemelmajer de Carlucci, 2006); que la conservación de los vínculos familiares resulta, asimismo, relevante para los abuelos/as, especialmente tratándose de personas mayores, teniendo en cuenta que su efectivo desarrollo concede posibilidades para su participación activa, productiva y plena dentro de su familia (Grosman y Herrera, 2011).

En relación con los niños/as y adolescentes se ha dicho que su derecho a crecer y desarrollarse en el ámbito familiar se vincula y fortalece con las relaciones que en el devenir de la vida entablan con parientes y personas significativas, quienes pueden colaborar con los/as progenitores en el proceso de crecimiento y desarrollo personal (Krasnow, 2017). En esa dirección, desde la jurisprudencia se ha señalado que “(...) para el desarrollo integral del ser humano resulta útil y proficua la transferencia generacional entre abuelos y nietos, no sólo a nivel del traspaso

de información histórica familiar, sino como experiencia de vida. Lo cual en todo caso se vincula con la propia identidad personal, en la faz dinámica de la misma” (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, de Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, “F., P. R. c. C., A. F. s/ régimen de visitas provisorio”, 25/08/2015). A la par que se pretende la conservación de las interacciones familiares se busca el respeto y debido resguardo del *derecho a la identidad*, considerando que la vinculación intergeneracional analizada genera lazos significativos para las personas que hacen a la construcción y al desarrollo de su personalidad y unicidad (Fernández Sessarego, 2015).

IV. La adopción: una recepción respetuosa de los vínculos entre nietos/as-abuelos/as biológicos/as

La especial protección que se sostiene en este trabajo surge también de la normativa que ofrece el CCiv. y Com. en torno al instituto de la adopción. Su recepción refleja la visión constitucional y convencional que prevalece en todo el cuerpo normativo y, en general, en el sistema jurídico argentino. De este modo, se regula un procedimiento donde se consideran los derechos de todos los/as sujetos/as involucrados/as, estableciéndose dentro de los principios rectores aquel que permite examinar las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada (artículo 595, inc. c), pues se resalta la importancia de transitar un camino previo a la declaración de adoptabilidad, proyectado con vistas al fortalecimiento de los vínculos con la *familia de origen*, en cuyo marco se comprende el respeto por las relaciones familiares entre nietos/as y abuelos/as —y bisnietos/as y bisabuelos/as—.

La captación normativa del CCiv. y Com. se instala en clara sintonía con los postulados que devienen de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 7, 8, 9, 18, 19 y 27.3) y de la ley 26.061 (artículos 7, 10, 11, 12 y 13), los cuales refieren al derecho de los niño/as y adolescentes a vivir y permanecer en su familia de origen. La Corte IDH ha indicado que “el derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia (...) de allí que podría decirse que a la familia que todo niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica” (Corte IDH, “Fornerón vs. Argentina”, párrafo 119).

En relación con las formas o clases de adopción (3), el artículo 621 incorpora una gran novedad que incide fuertemente en los efectos de las adopciones, pues abre cauces hacia la conservación de los vínculos familiares o para establecer su

(3) Se receptan tres formas: simple, plena y por integración, siendo esta última la adopción del hijo/a del cónyuge o conviviente.

cese, con independencia del tipo adoptivo de que se trate. Así, la norma expresa que:

El juez otorga la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño. Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple (...).

Se observa la recepción de un *principio de flexibilización* de los efectos propios de cada clase de adopción, lo que en el caso de la adopción plena implica la posibilidad —a pedido de parte— de ordenar judicialmente la conservación de los vínculos jurídicos con parientes biológicos/as, como pueden ser los abuelos/as y/o los bisabuelos/as.

Otra de las aristas que revela la preocupación por el respeto de las relaciones familiares es el reconocimiento del *derecho a conocer los orígenes* como otro de los principios rectores de la adopción. Su ejercicio puede realizarse mediante acceso al expediente cuando la persona adoptada cuenta con la edad y grado de madurez suficiente. Además, se exige el compromiso expreso de la familia adoptante de brindarle conocimiento acerca de la verdad de origen, todo lo cual confiere posibilidades para establecer la comunicación con los/as parientes biológicos/as (Krasnow, 2017). Asimismo, la debida protección surge de la recepción del *derecho a la identidad* como otro de los principios rectores que rige la adopción, entendido desde su aspecto estático —vinculado al origen de la persona— y desde su aspecto dinámico —referido a la proyección social en su devenir—. Así, el resguardo de los vínculos biológicos alude a la faz de identificación personal, tendiente a la individualización de la persona, que, al mismo tiempo, la hace única e irrepetible (Iglesias y Krasnow, 2017).

En suma, la exigencia de agotar las instancias para mantener a los niños/as o adolescentes en su familia de origen, el reconocimiento del derecho a conocer los orígenes y del derecho a la identidad como criterios rectores, y la posibilidad de conservar vínculos biológicos —incluso en la adopción plena— denotan la revalorización del lugar de la familia biológica en el marco de la adopción (Herrera, 2014; Molina de Juan, 2015). En particular, en relación con el tema que se aborda, demuestra la trascendencia que poseen las interacciones entre nietos/as-abuelos/as o bisnietos/as/bisabuelos/as frente a una figura como es la adopción. La efectividad de las disposiciones que contienen estos mandatos deriva como una exigencia del debido respeto al derecho a la dignidad, a la identidad, a la igualdad, a la libertad, receptados por el conjunto de estándares internacionales sobre

derechos humanos y, asimismo, como una necesidad de proteger la participación activa de los abuelos/as y bisabuelos/as en la vida de los nietos/as o bisnietos/as, cuyo requerimiento surge —conforme se dijo— de la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (artículo 8).

V. Las relaciones intergeneracionales entre nietos/as-abuelos/as, bisnietos/as y bisabuelos/as en la guarda y en la delegación de la responsabilidad parental

La protección de las vinculaciones intergeneracionales que se abordan en este trabajo, así como la revalorización del rol que cumplen los abuelos/as y los bisabuelos/as en el seno de las familias se desprende, asimismo, de dos figuras jurídicas incorporadas por el CCiv. y Com.: la guarda y la delegación de la responsabilidad parental. La legislación asume todas aquellas circunstancias propias de la dinámica de la vida familiar, de sus avatares y complejidades que conducen frecuentemente a que los abuelos/as o los bisabuelos/as asuman roles activos y principales que, en principio, el orden jurídico ha reservado a los/as progenitores como titulares de la responsabilidad parental. Pues determinadas situaciones de ausencias, incumplimientos, enfermedades, adicciones, violencia, abandono por parte de los/as principales obligados/as, conlleva al desarrollo de funciones por parte de los abuelos/as o los bisabuelos/as en el marco de la guarda, de la tutela (4), o de la delegación de la responsabilidad parental. Ello da lugar a una vinculación intergeneracional donde los abuelos/as o los bisabuelos/as ocupan un lugar preponderante en la formación de los niños/as y adolescentes y donde desempeñan las tareas más amplias que el sistema jurídico establece a favor de sus nieto/as (funciones de cuidado, crianza, educación, supervisión). En algunos supuestos, sin poseer una atribución formal de sus funciones (guardas de hecho) (5); en otros casos, en el marco de las “medidas excepcionales de protección” previstas por la ley 26.061 ante la existencia de una vulneración o amenaza a los derechos de los niños/as o adolescentes que amerita la separación temporal de sus progenitores, permaneciendo en el ámbito de su familia extensa (artículo 40).

Actualmente, se suman los dos institutos mencionados anteriormente, contemplados en el CCiv. y Com.: uno de ellos es la “guarda otorgada a pariente”, como

(4) El CCiv. y Com., en su artículo 104, primer párrafo, establece: “La tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental”.

(5) Tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia cita el concepto de guarda de hecho brindado por José Cafferata: “es aquella situación que tiene lugar cuando una persona, sin atribución de la ley, ni del juez, por propia decisión, toma un menor a su cuidado” (Cafferata, 1978, p. 55). Es habitual que en estos casos se regularice dicha situación fáctica mediante la resolución de un juez (otorgamiento de guarda judicial).

una de las figuras derivadas de la responsabilidad parental. Así, el artículo 657 dispone que: “En supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un pariente por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro período igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código”. De este modo, esta forma de guarda nace a partir de una resolución judicial fundada y excepcional de apartar a los niños/as o adolescentes de su familia nuclear cuando se verifica una situación de amenaza o afectación de sus derechos fundamentales. Los/as guardadores asumen el cuidado personal y las facultades para tomar decisiones relativas a las actividades de la vida diaria, sin perjuicio de que los/as progenitores conservan las obligaciones y derechos que emergen de la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental (artículo 657, último párrafo).

Por otro lado, el Código incorpora la figura de la “delegación del ejercicio de la responsabilidad parental”, en cuyo marco los abuelos/as o bisabuelos/as también asumen tareas amplias y principales en beneficio de sus nietos/as o bisnietos/as. El artículo 643, ubicado dentro del título sobre responsabilidad parental, establece:

En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas (...).

Por lo tanto, la figura contemplada en la norma nace a partir de un acuerdo entre los/as progenitores y el pariente, que asume tal delegación por un plazo determinado y por razones suficientemente justificadas. La realidad social puede mostrar situaciones muy variadas que dan lugar a esta delegación transitoria, tales como la necesidad de los progenitores de permanecer un tiempo en el exterior o en alguna localidad o región del país por motivos de trabajo, estudio, profesión, por enfermedad o necesidad de tratamiento médico en otro lugar del domicilio familiar, entre otras (Herrera, 2015). Lo cierto es que en el marco de tal delegación los abuelos/as o los bisabuelos/as poseen temporalmente los deberes y derechos que corresponden al ejercicio de la responsabilidad parental, sin perjuicio de que los progenitores conservan la titularidad y un derecho a supervisar la crianza y educación de sus hijos/as, en función de las posibilidades (artículo 643).

Se ha indicado que esta figura puede funcionar como un “puente” entre el sistema de protección integral de los derechos de niños/as y adolescentes y las

instituciones propias del derecho de familias, como la responsabilidad parental. Puede ser, así, una variable a considerar en aquellos casos en los cuales los progenitores evidencien dificultades para desempeñar el ejercicio de la responsabilidad parental y que, a través de la intervención de los servicios administrativos de protección de derechos, se pueda arribar a un acuerdo de delegación, con la imprescindible intervención judicial que exige la norma (Herrera, 2015).

En resumidas cuentas, en estos supuestos los abuelos/as o los bisabuelos/as llevan adelante las tareas más amplias que pueden desarrollar en el marco de las relaciones familiares con sus nietos/as o bisnietos/as, considerando que pasan a ocupar el lugar de los principales obligados/as y que sus responsabilidades y derechos se enmarcan en un contexto de crianza y de entrega de afecto, amor, contención, e incluso, de control y de corrección. La circunstancia de que la guarda o la delegación, según el caso, *sea otorgada a un pariente* se ubica en sintonía con la premisa que indica que el ámbito preferente de permanencia de los niños/as o adolescentes ante la separación de sus progenitores es la *familia ampliada*, de conformidad con los estándares internacionales y nacionales en la materia.

En la postmodernidad, las diferentes realidades familiares demuestran el ejercicio de una abuelidad que refleja importantes roles que desempeñan abuelos/as o bisabuelos/as que transitan su vejez, quienes, en muchas ocasiones, se encuentran enérgicos, incluso activos laboralmente, producto de la mayor expectativa de vida y de su mejor calidad (Dabove y Di Tulio Budassi, 2015).

VI. Reflexiones finales

Desde una lectura transversal de los institutos jurídicos descriptos en este trabajo se desprende que el CCiv. y Com. se inspira en la especial protección de las relaciones intergeneracionales entre nietos/as y abuelos/as, así como entre bisnietos/as y bisabuelos/as, en consonancia con las exigencias que provienen del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho constitucional. Que esa especial protección se expresa mediante el resguardo de los derechos humanos implicados en cada una de las instituciones analizadas, en cuyo marco se ubica la persona como centro de interés del mundo jurídico.

Que las captaciones normativas relativas al derecho-deber de comunicación y de la adopción exhiben como común denominador la necesidad de asegurar la preservación de las relaciones familiares, así como el derecho a la identidad en su faz estática y dinámica, componentes esenciales para la formación y desarrollo integral de las personas. Que las disposiciones reguladoras de la responsabilidad alimentaria, así como de aquellas que refieren a la guarda y a la delegación de la responsabilidad parental, se inspiran en la trascendencia de las tareas que

cumplen los abuelos/as o bisabuelos/as en esos contextos, todas las cuales constituyen funciones realizadoras de los derechos de supervivencia y de desarrollo de los niños/as y adolescentes.

Que, por otro lado, tratándose de vinculaciones intergeneracionales conformadas por personas mayores, las premisas que fundan las instituciones jurídicas antedichas deben entenderse en sintonía con la consagración de sus derechos de participación y autonomía e independencia, cuyo ejercicio y disfrute pleno requiere de acciones y/u omisiones de parte de los/as integrantes de la familia, del Estado y de la sociedad en su conjunto.

Que, conforme lo expuesto, las disposiciones que captan las antedichas figuras en ningún modo pueden ser interpretadas de manera aislada del resto del ordenamiento normativo, en cuanto forman parte de un conjunto de respuestas jurídicas iluminadas por los derechos de quienes transitan la niñez, la adolescencia y la vejez. Que ello constituye tarea necesaria del funcionamiento normativo, conforme surge del título preliminar del Código (artículos 1 a 3).

VII. Bibliografía

Bay, N. (2013). Alimentos y abuelos. Subsidiariedad atenuada a la luz del derecho humano de niñas, niños, adolescentes en el proyecto de reforma argentina. *Derecho de Familia*, N° 59. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Caferatta Nores, J. I. (1978). *La guarda de menores*. Buenos Aires: Astrea.

Ciuro Caldani, M. A. (2017). *Proyecciones académicas del trialismo: disertaciones, comunicaciones y ponencias*. Rosario: Fder Edita.

Dabove, M. I. (2008). Derecho y Multigeneracionismo: los nuevos desafíos de la responsabilidad jurídica familiar en la vejez. *Derecho de Familia*, N° 40. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Dabove, M. I. y Di Tulio Budassi, R. (2015). Derecho de alimentos y vejez multigeneracional. En A. N. Krasnow (dir.), *Tratado de Derecho de Familia*. Buenos Aires: la Ley.

Fernández Sessarego, C. (2015). *Derecho y persona*. Buenos Aires: Astrea.

Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial (2012). *Proyecto de Código civil y comercial de la Nación*, Buenos Aires: Infojus. Recuperado de http://www.bibliotecadigital.gob.ar/files/original/20/1522/codigo_civil_comercial.pdf [Fecha de consulta: 01/03/2020].

Grosman, C. (2004). Alimentos a los hijos y derechos humanos. La responsabilidad del Estado. En C. Grosman (dir.), *Alimentos a los hijos y derechos humanos*. Buenos Aires: Universidad.

Grosman, C. y Herrera, M. (2011). Una intersección compleja: Ancianidad, abuelidad y Derecho de Familia. *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 1, N° 8.

Herrera, M. (2015). Responsabilidad Parental. En R. Lorenzetti, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires: Infojus.

Iglesias, M. y Krasnow, A. (2017). El Derecho de las Familias y de las Sucesiones en el sistema de fuentes interno. En A. N. Krasnow y M. Iglesias (dir.), *Derecho de las Familias y las Sucesiones*. Buenos Aires: La Ley.

Kemelmajer de Carlucci, A. (2006). Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina. ¿Hacia un derecho de la ancianidad? En A. Kemelmajer de Carlucci y L. B. Pérez Gallardo (coord.), *Nuevos perfiles del Derecho de Familia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Molina de Juan, M. (2014). Parentesco. En A. Kemelmajer de Carlucci; M. Herrera y N. Lloveras (dir.), *Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Scherman, I. (2015). El derecho a la vida del niño en el complejo tapiz de derechos humanos. El derecho a la vida del niño como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, como al de los derechos económicos, sociales y culturales. En S. E. Fernández (dir.), *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Jurisprudencia

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, de Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, “F. P. R. c. C., A. F. s/ régimen de visitas provisorio”, 25/08/2015. Microiuris. Cita Online: AR/JUR/36039/20159.

Corte IDH, O.C., N° 17, 28/8/2002, Condición Jurídica y derechos humanos de la niñez. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

Corte IDH, “Fornerón vs. Argentina” (párrafo 119). Recuperado de www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=203

Fecha de recepción: 12-03-2020

Fecha de aceptación: 22-06-2020

Prescripción adquisitiva de sepulcros

POR **BELÉN MASCI**(*)

Sumario: I. Introducción.- II. Evolución fáctica y legislativa del *Ius Sepulchri*.- III. Naturaleza jurídica del *Ius Sepulchri* y su posibilidad de prescripción adquisitiva.- IV. Jurisprudencia.- V. Conclusión. Opinión del autor.- VI. Bibliografía.

Resumen: la veneración a los muertos subyace en los misterios del alma y ya sea que pretendamos encontrarla en el miedo a la muerte o en la justificación de la vida, lo cierto es que a través de la historia el hombre ha guardado en todas las épocas un respeto sagrado por la memoria de sus muertos. Sin embargo, la naturaleza jurídica del derecho de sepultura que tienen los particulares, ya sea en cementerios públicos o privados, ha sido siempre motivo de enconado debate y de la misma surgirá si los mismos pueden ser susceptibles o no de prescripción adquisitiva. Cuestiones que aquí intentaremos dilucidar, intentando, finalmente, dar nuestra opinión no solo desde el punto de vista exegético, sino también acorde a nuestros valores y principios vigentes.

Palabras claves: derecho de sepultura - naturaleza jurídica - usucapión

Acquisitive prescription of tombs

Abstract: *the veneration of the dead underlies the mysteries of the soul, and whether we try to find it in fear of death or in the justification of life, the truth is that throughout history man has kept in all times a sacred respect for the memory of their dead. However, the legal nature of the Burial Law that individuals have, whether in public or private cemeteries, has always been the subject of fierce debate and it will*

(*) Abogada, Universidad Nacional de La Plata. Esp. en Derecho Procesal Profundizado, Universidad Notarial Argentina. Esp. en Contratos y Daños, Universidad de Salamanca, España. Prof. Derechos Reales, Universidad Nacional del Noroeste de Buenos Aires.

emerge whether they may or may not be subject to acquisitive prescription. Issues that we will try to clarify here, trying, finally giving our opinion not only from the exegetical point of view, but also according to our current values and principles.

Keywords: *burial rights - legal nature - acquisitive prescription*

I. Introducción

Desde los comienzos de las civilizaciones, la cultura humana ha honrado a los muertos y ha realizado ceremonias fúnebres para dar descanso a las almas. La veneración a los muertos subyace en los misterios del alma y ya sea que pretendamos encontrarla en el miedo a la muerte o en la justificación de la vida, lo cierto es que a través de la historia el hombre ha guardado en todas las épocas un respeto sagrado por la memoria de sus muertos (Andorno, 1998). Las cuestiones religiosas y la evolución del hombre como ser social han, sin dudas, determinado las idiosincrasias en la manera de rendir culto a los muertos y conservar dichos restos.

La evolución y consecuentes cambios en el modo y el lugar de dar descanso a los muertos fue acompañada por la evolución y cambio de las necesidades y deseos habitacionales de la sociedad. La explosión demográfica, la búsqueda de seguridad, de más contacto con la naturaleza y aún aspiraciones de mayor nivel social, entre otras motivaciones, provocaron nuevas formas de aprovechamiento común de las cosas inmuebles para satisfacción de las nuevas necesidades. Se presenció así un fenómeno en el que “de la división simple de las ciudades sobre la idea de una plaza central y cuadrículas amanzanadas a su alrededor, con quintas y chacras en las cercanías, se pasa ahora a diseños nuevos que contemplen necesidades acuciantes referidas a la contaminación ambiental, accesos para tránsito y a veces sofisticados servicios” (Highton y otros, 1987, p. 26). Es así que a la par de cambiar los gustos y necesidades habitacionales para la vida, también lo hicieron para su descanso final. En este sentido, actualmente tenemos en nuestro país cementerios públicos y privados

La inhumación de cadáveres, que desde siempre se ha realizado en nuestro país, ha generado la necesidad de traer figuras jurídicas que ordenen, legalicen, etc., las distintas relaciones jurídicas que trae aparejada nuestra idiosincrasia para el descanso eterno *post mortem*. Sin embargo, las dudas jurídicas en torno a la naturaleza jurídica del Derecho de Sepultura que tienen los particulares, se encuentren en cementerios públicos o privados, ha generado —entre otros problemas— dudas acerca la prescripción adquisitiva de los mismos.

La determinación de la naturaleza jurídica del mencionado *Ius Sepulchri* a favor de los particulares se presentó y se presenta en extremo confuso y por ello suscita igual confusión acerca de su usucapibilidad. En este sentido, buscaremos

analizar las distintas posturas jurídicas acerca de su naturaleza buscando determinar si son usucapibles o no. Para ello, comenzaremos con el análisis de sus antecedentes fácticos y jurídicos desde sus comienzos hasta la actualidad, que determinarán la naturaleza jurídica de los mismos, para luego adentrarnos en el estudio particularizado acerca de la prescriptibilidad de sepulcros.

II. Evolución fáctica y legislativa del *Ius Sepulchri*

La naturaleza jurídica del *Ius Sepulchri* que tienen los particulares, que va a determinar su usucapibilidad o no, va a depender de si se trata de un cementerio público o privado en el cual se asienta la sepultura.

Los cementerios, que significan etimológicamente “dormitorios”, porque parece que los difuntos duermen en ellos esperando el juicio universal, son los lugares descubiertos destinados al entierro de los cadáveres y se consideraron en su origen como lugares de “asilo de la muerte” (Barraquero en su voto en el plenario Viana).

Este tipo de propiedad coparticipativa ha evolucionado y cambiado —como decíamos en la introducción— a la par de la evolución y cambios en los gustos y necesidades para la vida.

II.1. Primera etapa

Siguiendo la tradición romana, la legislación española confió a la autoridad eclesiástica la construcción y consagración de los cementerios en terrenos inmediatos a las iglesias parroquiales. De allí que las Leyes de Indias y las Partidas atribuyeran el enterramiento de cadáveres a las iglesias y monasterios, reservándose el Estado el poder de policía indispensable para cubrir su función de resguardo de la salud pública (Highton y otros, 1987, p. 159).

Los cementerios, dado su carácter de cosa accesoria de las iglesias y de lugar sagrado, alejaron la posibilidad y necesidad de adquirir en ellos la propiedad o arrendamiento de una sepultura o sitio para enterrar los cadáveres (Barraquero, en el plenario Viana).

En esta primera etapa, como sostiene el profesor Lafaille (1944), los cementerios o lugares donde habitualmente se conservaban los restos humanos, quedaban *extra commercium*, aun respecto de quienes no recibían la sepultura sagrada, porque así dependía más que del carácter religioso, del respeto a los muertos.

II.2. Segunda etapa

El proceso de secularización de los sepulcros comenzó en el año 1813, cuando el poder ejecutivo de las Provincias del Río de la Plata prohibió las inhumaciones en los templos y dispuso que la autoridad eclesiástica mandara formar un “panteón público”.

Sin embargo, la secularización de los cementerios se llevó a cabo ocho años después, en el año 1821, en el que mediante decreto se pusieron bajo el control de la Superintendencia de la policía, teniéndose en cuenta que “la sanidad y la comodidad del país había reclamado siempre el establecimiento de cementerios públicos”.

Los cementerios, no hay dudas, pasaron así a ser bienes del dominio público. La ordenanza municipal de capital federal N° 17.225 del año 1960 definió a los cementerios de la municipalidad de Buenos Aires como bienes del dominio público municipal.

En estas condiciones, el ministro Bernardino Rivadavia, a partir del decreto de septiembre de 1823 referido al Cementerio del Norte, impulsó la “compra y venta” de las sepulturas de particulares y la creación de preferentes, pues, como explican Prado y Rojas (1878), vendiéndose las sepulturas, preveía el ministro que se lograría que las sepulturas se adornen y cuiden con un particular esmero y, con la creación de sepulturas preferentes, se estimularía la acción pública de sus ciudadanos. Bernardino Rivadavia, con intenciones benévolas, no tendría noción de las confusiones jurídicas aún hoy vigentes generados por la utilización de la terminología de “conceder una *propiedad* sobre las sepulturas, sea temporalmente o a perpetuidad fijándose una escala en el valor” que mencionaba en dicho decreto, en cuanto a la naturaleza jurídica del derecho subjetivo que recibía el particular.

A partir de entonces, decretos y ordenanzas que regulan a los cementerios públicos hacían referencia a la “compra y venta” de sepulturas, “temporal” o “a perpetuidad”.

Es así que la legislación local generaba dudas jurídicas acerca de la naturaleza del derecho de sepultura de los particulares que adquirirían un derecho subjetivo sobre un bien público (cementerio) a título de propiedad a perpetuidad o a 100 años, dudas que no fueron disipadas por la sanción del Código Civil de la Nación velezano en 1869, que solo referenció a los mismos en el artículo 2551, y excluyó de la regulación en materia de tesoros a aquellos objetos que se encuentran en los sepulcros.

No parecía existir dubitación alguna acerca de la naturaleza jurídica de bien público del cementerio, pero sí las había acerca la naturaleza jurídica del derecho de sepulcro que tenían los particulares sobre las sepulturas que se encontraban situadas en un bien de carácter público.

A partir del año 1933, haciéndose eco tal vez de las discusiones jurídicas en torno al *Ius Sepulchri*, la legislación local de la ciudad de Buenos Aires comenzó a tratar el tópico acerca de las transferencias de sepulturas a particulares de modo distinto al utilizado hasta esa fecha, que había generado posturas jurídicas erróneas; así fue con la ordenanza N° 5343 de ese año, que estableció que las urnas que se utilicen en los cementerios solo podían ser vendidas por la municipalidad (artículo 1). De esta manera, comenzaría a esclarecerse el panorama y definitivamente se produciría en el año 1973, con la ordenanza N° 27.590, que estableció en su artículo 1 que “en los cementerios de la Capital Federal que sean bienes del dominio público municipal, los particulares no tienen sobre las sepulturas otros derechos que los que deriven del acto administrativo municipal que los otorgó, **sin que, en ningún caso, tales actos administrativos importen enajenaciones**”. Estas ordenanzas sin dudas marcan un antes y un después, atento a que las mismas producen un giro total eliminando toda referencia de “venta a perpetuidad” y “propiedad”, a las que hacían históricamente referencia las primigenias ordenanzas aludidas *supra*.

Las ordenanzas N° 5343 y 27.590 fueron abrogadas en el año 2014 por la ley N° 4977 de la legislatura de la ciudad de Buenos Aires acerca del “Régimen Jurídico y Poder de Policía en materia mortuoria en los cementerios”, que, en igual sentido a las mencionadas ordenanzas, establece en su artículo 4 que

En los cementerios de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que sean bienes del dominio público del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los particulares no tienen sobre las sepulturas otros derechos que aquellos derivados del acto administrativo que los otorgó, sin que, en ningún caso, tales actos administrativos importen enajenaciones o transmisiones de dominio. Los Cementerios pertenecen al dominio público sin más distinción de sitios que los destinados a sepulturas, nichos, bóvedas, panteones, osarios y cinerarios sin que ello genere derecho real alguno.

Hasta aquí conocemos ahora cuáles son las normas que rigen al Derecho de Sepulcros que se encuentran en los cementerios públicos. Si bien la normativa hace referencia a la Ciudad de Buenos Aires, la misma seguramente ha sido modelo para las distintas municipalidades en cuanto la regulación de los sepulcros.

II.3. Tercera etapa

A la primera secularización de los cementerios que pasaron a ser de religiosos a públicos, se le agrega lo que es llamado una segunda secularización, con el nacimiento de los cementerios privados. Según el profesor Lorenzetti (1991), “la cuestión de los sepulcros privados revela una segunda secularización; la primera al separarse de la Iglesia y la segunda al desvincularse del Estado” (p. 2).

Como venimos sosteniendo en la introducción, la sociedad moderna comenzó a tener distintos gustos y necesidades para el descanso eterno. Dichos gustos y necesidades se tradujeron en necesidades de estética y mayores servicios, que comenzarían en los estratos sociales más altos y luego se generalizaron y alcanzaron más estratos sociales. El nacimiento de los cementerios privados nació por estrictas razones de orden sociológico.

Highton y otros (1987) expresan que su creación obedeció a dos causas: por un lado, la insuficiencia de los cementerios públicos y el desinterés estatal en la creación de otros y, por el otro, la necesidad de ciertos estratos sociales de contar con enterratorios que cubran sus expectativas en cuanto a la calidad de servicio, exclusividad del lugar, etc.

Es así que nacieron los cementerios privados, organizados como un tipo de propiedad coparticipativa en la cual una empresa con fines de lucro se dedica a prestar el servicio de inhumación de cadáveres en lo que son usualmente los cementerios parques, en donde se cumple con patrones de estética acordes con las nuevas exigencias sociales.

La finalidad del negocio es obtener un lugar para el descanso eterno de varias personas; “(...) el contratante no busca, ni le interesa, participar en la gestión del complejo, ni tampoco, para cuando vaya a ser su ocupante, dejar esta carga a sus herederos” (Reina Tartiere, 2004, p. 51).

Como explica la profesora Tranchini, fácticamente, estos emprendimientos implican una situación jurídica comunitaria de índole funcional que se desenvuelve en un área de extensión territorial limitada, regida por un plan urbanístico especial e integrada por partes privativas —unidades funcionales, parcelas o sectores de estas— y partes, cosas y servicios comunes o de uso común, vinculadas indisolublemente, en el que las primeras tienen el destino de albergar los restos mortales y las segundas están conformadas por espacios circulatorios y áreas destinadas a espacios verdes, oratorio y servicios de enterramiento, manutención e, incluso, crematorios (Tranchini, 2010, p. 372).

Frente a esta realidad insoslayable, en la provincia de Buenos Aires se dicta, en el año 1978, el decreto-ley 9094/78 —modificatorio de la ley orgánica de las municipalidades— que “autoriza el establecimiento de cementerios privados, siempre que estos sean admitidos expresamente por las respectivas normas de zonificación y por los planes de regulación urbana (...)”.

Sin embargo, la normativa provincial no estableció el encuadre jurídico ni de los cementerios privados ni del derecho de sepultura, mucho menos lo hizo la ley 17.711 en el Código Civil, que no hubiese tenido excusa alguna para hacerlo, como sí en los cementerios públicos, por ser una materia de derecho privado. Así, ante este vacío legislativo, la realidad fue la encargada de ir delineando este derecho. Estaban quienes se inclinaban por considerar a los sepulcros dentro del ámbito de los derechos reales y quienes los incluían dentro de los derechos personales. En el primer grupo se los ha incluido como derecho real de usufructo, uso, de habitación, de condominio, de servidumbre, de propiedad horizontal y de superficie; dentro de este grupo también hay quienes propiciaban la creación de un nuevo derecho real autónomo. En el segundo hubo casos en donde adquirieron la forma de un comodato, de una locación, de una sociedad, o un contrato innominado.

Jornadas, proyectos legislativos, y en general la doctrina mayoritaria se inclinó por incluir al derecho de sepultura en el ámbito de los derechos reales, dejándolos fuera del ámbito de los derechos personales, pues, como expresa Abreut de Begher (2001), ello así por cuanto los derechos reales ofrecen mayor garantía y seguridad a los particulares —relación directa o inmediata entre el titular del cementerio y el titular de la sepultura—, son oponibles *erga omnes*, la posibilidad de la anotación registral, etcétera.

Las Jornadas Nacionales de Derecho Civil en vista a la teoría general de los derechos reales, sus fuentes y máximas fundamentales, han sido contrarios en ver en el derecho de sepultura que tienen los particulares un nuevo y autónomo derecho real. Así, las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1987, las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 2009 y las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil del 2013, todas en igual sentido, han expresado que “cualquier modificación al Código Civil en materia de derechos reales debe respetar el principio del *numerus clausus*, por lo que la introducción de nuevos tipos debe hacerse con suma prudencia”; “La creación indefinida de derechos reales conspira abiertamente contra el ‘*numerus clausus*’ y sólo deben crearse nuevos tipos cuando existe la imposibilidad estructural de encuadrar la nueva situación fáctica en las categorías existentes”; “El límite primario y fundamental de los derechos reales es el ‘*numerus clausus*’ y sólo deben crearse nuevos tipos cuando exista la imposibilidad estructural de encuadrar los fenómenos económicos - sociales en los

derechos reales existentes”. En particular, sobre en qué derecho real debía incluirse al derecho de sepultura, en 1993, en las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil incluyeron a las nuevas formas de propiedad —en la que está el derecho de sepultura— en la tipicidad del derecho real de propiedad horizontal; en el 2009 en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de *lege ferenda*, se dijo “El cementerio privado debe estructurarse como derecho real privatístico sin perjuicio de las restricciones y límites de naturaleza administrativa en función de su particular afectación” —por mayoría—. En igual sentido, la mayoría de proyectos de código civil incluyeron al derecho de sepultura dentro de los tipos de los derechos reales existentes.

Lamentablemente, el Código Civil y Comercial de la Nación no sigue a las posiciones mayoritarias esgrimidas, que debían ser antecedentes fundamentales a tener en consideración, y menoscabando la teoría general de los derechos reales, en cuanto a la prohibición de la creación arbitraria de derechos reales, trae al cementerio privado como un nuevo derecho real autónomo (artículo 1887 inc. f CCiv. y Com.), sobre cosa propia (artículo 1888 CCiv. y Com.) y un derecho de sepultura que tendrían los particulares de dudosa naturaleza jurídica (artículo 2112 CCiv. y Com.), como veremos luego.

III. Naturaleza Jurídica del *Ius Sepulchri* y su posibilidad de prescripción adquisitiva

Hasta acá hemos visto cómo el *Ius Sepulchri* tiene una diversa regulación y tratamiento según si la sepultura se encuentra ubicada en un cementerio público o en uno privado. La regulación del mismo, se trate en uno u otro caso, genera dudas acerca de su naturaleza jurídica, que se traducen en las inquietudes que genera su posibilidad o no de usucapibilidad.

III.1. *Ius Sepulchri* en cementerios públicos

Aquí el punto de partida son las ordenanzas municipales de la Capital Federal, que hasta 1973 hacían referencia a la “venta a perpetuidad y o temporal”. Los títulos constitutivos de los derechos de sepultura, al hacer referencia a la “venta a perpetuidad”, llevaron a diversas confusiones acerca de la naturaleza del derecho de sepultura que tienen los particulares en los cementerios públicos. Como expresan Highton y otros (1987), la utilización de los términos “compra y venta” llevó erróneamente a sostener que se trataba de una propiedad civil. Así, surgiría una primera corriente civilista para la cual “la naturaleza jurídica del derecho del titular de una bóveda constituye una propiedad sui generis sometida a un régimen jurídico propio y especial fundado en los fines y sentimientos morales o religiosos que inspiran el acto de su adquisición o constitución” (Salvat, 1927, p. 751). Dentro de

esta corriente se ha enrolado la jurisprudencia que ha aceptado la usucapibilidad de los sepulcros bajo fundamentos del derecho civil. Es así que inevitablemente tenemos que citar al plenario de las Cámaras Civiles de la Capital, en autos “Viana, María A., y otros” del 21 de agosto de 1942, que determinó la usucapibilidad del derecho de sepultura con las siguientes premisas de derecho privado:

- A) El particular no celebra una concesión propiamente dicha, sino un contrato común que, se trate de un bien del dominio municipal público o privado, está sujeto en el país a las disposiciones del código civil y de las leyes especiales.
- B) Los cementerios son bienes privados del Estado, pues las primeras leyes que se dictaron disponían la venta de las parcelas para construir sepulcros y que tales ventas implicaron una desafectación del respectivo bien público.
- C) Los derechos del titular del sepulcro constituyen un derecho de propiedad civil, porque, conforme la normativa local, pueden comprarse y venderse; los particulares tienen un dominio civil.
- D) Si el dominio de las sepulturas se puede adquirir por el contrato de compra-venta, puede legalmente adquirirse —también— por prescripción, porque una cosa está fuera del comercio cuando su dominio no puede adquirirse por ningún título.
- E) De ahí la admisibilidad legal de la prescripción de los sepulcros, desde el momento que no se opone ninguna razón de orden jurídico o moral (voto Barraquero).

El presente plenario, que data de 1942, si bien es plausible en cuanto ha tratado en extenso los antecedentes históricos de los cementerios públicos y ha tratado el tema de la usucapibilidad de igual forma, lo hace bajo fundamentos jurídicos no vigentes actualmente y totalmente superados. Citar al plenario Viana para establecer la usucapibilidad de los sepulcros se torna inadmisibile.

El plenario dice que el derecho de sepulcro sería una propiedad civil porque los títulos constitutivos hacían referencia a la “compra y venta de sepulcros”. Sin embargo, se ha sostenido la impropiedad de tales términos porque las leyes locales refieran a la venta temporal o a perpetuidad y uno de los caracteres del dominio es la perpetuidad; asimismo, si se hubiera tratado de una venta su titular tendría el *ius abutendi*, mientras que el dueño de la sepultura no puede servirse para otro uso que el indicado (Highton y Otros, 1987). En la misma línea, Marienhoff (2007) dice que al emplearse la palabra “venta” se utilizó un término impropio porque no

se trataba de venta alguna, sino de una concesión de uso sobre una dependencia del dominio público y que las instituciones jurídicas no dependen del nombre que se les dé, sino de sus elementos constitutivos, de su substancia. Asimismo, que el empleo de dichas expresiones improcedentes ha de haber respondido a que, en aquella época, aparte de que el léxico del derecho administrativo estaba muy poco divulgado, sus principios tampoco eran conocidos por todos.

Pretender que exista una propiedad de derecho civil *sui generis* en el derecho de sepultura que adquieren los particulares atenta con la teoría de los derechos reales, que tiene como máxima que la creación de nuevos derechos reales —salvo que lo sea por ley nacional del congreso, cosa que no sucedería en el caso que sería una norma local— o la modificación de los existentes (la propia naturaleza particular ha hecho que jurisprudencialmente tenga notas distintas al derecho real de dominio) conlleva a su nulidad (artículo 1884 CCiv. y Com.). Como dice Spisso (2001), las incongruencias de la doctrina civilista son tales que resulta imposible reconstruirla sobre fundamentos coherentes respetando las bases de nuestra organización constitucional. Si se parte del supuesto de que nos encontramos ante un derecho real de dominio, la inaplicabilidad al caso de los sepulcros de diversas normas del Código Civil no parece tener justificación legal. Si se afirma que se trata de un derecho de dominio especial limitado por la naturaleza particular de los sepulcros, que torna inaplicable determinadas disposiciones del Código Civil, no parece tener justificación legal, pues normas de orden local estarían avanzando por sobre el citado código, en abierta transgresión a lo que dispone el artículo 31 de la Constitución Nacional.

Además, los títulos constitutivos a partir del año 1973 terminaron aclarando que “los particulares no tienen sobre las sepulturas otros derechos que los que deriven del acto administrativo municipal que los otorgó, **sin que, en ningún caso, tales actos administrativos importen enajenaciones**”. Por lo que si había dudas acerca de la interpretación de la letra de las ordenanzas locales que hacían referencia a “compra y venta”, la misma echó por tierra las interpretaciones acerca de que pudiera de tratarse una propiedad civil en los casos de venta a la perpetuidad o a 99 años, por lo que los particulares no pueden alegar tener una propiedad civil como si se tratase de un nuevo derecho autónomo, bajo pretexto del artículo 7 del CCiv. y Com., invocando que el título constitutivo del derecho del sepulcro es anterior a 1973, porque la interpretación que se debe realizar de aquella terminología se encuentra zanjada y los titulares del derecho de sepulcro cuyos títulos constitutivos datan a partir del 1973 directamente no pueden invocar tener una propiedad civil en tanto la ley es clara en cuanto se tienen los derechos que surgen de una concesión que realiza el Estado al particular.

En segundo lugar, los fundamentos del plenario Viana se encuentran superados porque actualmente es criterio totalmente aceptado (Lafaille, 1944; Highton y otros, 1987) que el cementerio público es un bien público del estado en los términos del artículo 235 inc. *F in fine* del CCiv. y Com. —“(...) cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común”— y no privado, como en el plenario Viana se sostiene. De hecho, se entiende que el código velezano no trató la cuestión que atañe a los mismos por entender que era materia del derecho administrativo local y ajeno al derecho civil. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya en el año 1925 —antes que el mencionado plenario— en los autos caratulados “Bourdieu, Pedro E. v. Municipalidad de la Capital Federal”, además de ni más ni menos haber definido el término propiedad, en cuanto a lo que aquí interesa estableció el carácter de bien público de los mismos y que el derecho de sepultura nace por una concesión del Estado:

Los derechos emergentes de una concesión de uso sobre un bien del dominio público (derecho a una sepultura), o de las que reconocen como causa una delegación de la autoridad del Estado a favor de los particulares (empresas de ferrocarriles, tranvías, luz eléctrica, teléfonos, explotación de canales, puertos, etc.) se encuentran tan protegidos por las garantías consagradas en los arts. 14 y 17 de la Constitución como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio (p. 11).

Por eso, a partir de este famoso *leading case* y con aceptación de toda la doctrina nacional (con la excepción del voto mayoritario en el plenario Viana), no hay dudas que el derecho de sepultura que tienen los particulares en cementerios públicos nace a partir de una concesión —cuestión como vimos que queda ratificada por la ordenanza del año 1973— y que el cementerio público es un bien público —valga la redundancia—.

Para Borda (2012), la concepción de que el derecho a la sepultura es simplemente una concesión otorgada por el Estado a un particular sobre una porción de un bien del dominio público encuentra algunas objeciones principalmente cuando “la concesión es a perpetuidad” y entiende que, tal como está configurado a través de nuestra jurisprudencia, es un régimen híbrido que participa de algunos caracteres del régimen de la propiedad (el carácter de perpetuidad —aunque pueda ser temporaria—, la enajenabilidad, entre otros) y del régimen de las concesiones administrativas (es un servicio público, que el terreno es del dominio público del Estado, que el origen del derecho es un acto del poder concedente, etc.). Expresa que, tratándose de concesiones temporarias, el derecho del usuario se tipifica más claramente como una concesión del Estado. Dichas objeciones que menciona el autor a partir de 1973 no tienen vigencia, y la actual ley N° 4977 de 2014, de la legislatura de la ciudad de Buenos Aires, acerca del “Régimen Jurídico y Poder de Policía en materia mortuoria en los cementerios”, que abroga a la primera, es clara

en cuanto a que la concesión es siempre por un plazo determinado (artículo 31 y cctes.) y que de ninguna manera implica una enajenación (artículo 4).

Recapitulando: hasta aquí llegamos a la conclusión de que los fundamentos del plenario Viana en cuanto la posibilidad de usucapibilidad de los sepulcros se encuentran obsoletos, porque no quedan dudas que es el cementerio público es un bien público; que el Estado como titular del mismo otorga al particular una concesión y que es imposible por ello que el titular del derecho de sepultura que tiene un particular en el cementerio público tenga una propiedad civil *sui generis* que pueda usucapir bajo tales premisas. Las respuestas acerca de la naturaleza jurídica del derecho de sepulcro que tienen los particulares en un cementerio público, y su posibilidad de usucapibilidad, se deberán encontrar en el derecho administrativo y no en fundamentos privatistas totalmente superados. Expresa el profesor Marienhoff (2007) que el régimen jurídico de los cementerios y sepulturas es, esencialmente, publicístico, de derecho administrativo, y tal es lo que ocurre tratándose del cementerio en sí mismo, considerado como bien dominical, y de las relaciones entre el concedente —estado— y el concesionario, titular de la sepultura; las subsidiarias relaciones entre el titular de la sepultura y los terceros, si bien pertenecen al derecho privado, solo pueden llevarse a cabo dentro de lo que permitan las normas o principios de derecho administrativo que rijan la respectiva concesión.

En este sentido, se ha afirmado que esta concesión de uso que tienen los particulares sobre las sepulturas, que es bilateral, origina a favor de los mismos un derecho real administrativo, pues los derechos reales previstos por el Código Civil y Comercial no pueden tener por objeto bienes del dominio público (Kiper y Otero, 2017). De acuerdo con esta teoría, el titular de una concesión de uso sobre el dominio público tiene sobre este un derecho de goce de naturaleza real, no obstante ello el carácter de inalienable de los bienes públicos (Marienhoff, 2007). Las cosas del dominio público solo en cuanto a su dominio (nuda propiedad) están fuera del comercio, siendo imprescriptibles, pero no ocurre lo mismo con el uso de dichas cosas. Se podrá adquirir por prescripción el uso de tales bienes y no su dominio (Marienhoff, 2007).

Aceptando que el derecho de sepultura es un derecho real administrativo, se entiende que no hay razón alguna para rechazar la prescripción como medio de adquirir el derecho especial o privativo de uso sobre cosas dominicales (Marienhoff, 1936). Sin embargo, dicho autor llega a concluir que la usucapibilidad procederá en la medida que la procedencia de la prescripción esté expresamente consentida o admitida por la ley respectiva y, en el caso, es existente dicha ley o norma, y se tornan imprescriptibles porque no es posible aplicar subsidiariamente el principio general de derecho civil, puesto que las cosas del dominio público

solo son comerciables en los términos del derecho público y no en los del derecho privado (Marienhoff, 2001).

Kiper y Otero (2017) discrepan con Marienhoff en cuanto a este último punto, expresando que nada obsta a que un derecho real administrativo pueda ser adquirido por prescripción, en tanto una ley especial no lo prohíba o se trate de bienes públicos no susceptibles de ser usados por los particulares. Tratándose de una suerte de derecho real administrativo, lo que corresponde es aplicar por analogía, en cuanto sean compatibles, las normas del Código Civil y Comercial que sí regulan la prescripción adquisitiva. En igual sentido, Alterini (2018) expresa que, si se concluye que la naturaleza jurídica del derecho sobre el cementerio público es la de un derecho real administrativo, al que analógicamente pueden aplicarse algunas disposiciones del derecho civil, es coherente reconocer que puede ser adquirido por la vía de la prescripción (p. 524).

Para Highton y otros (1987), aun aceptando que el particular tiene un derecho real administrativo, entiende que el mismo no es de uso, sino que, en el supuesto de sepulcros, la concesión da lugar al nacimiento de un derecho real administrativo de superficie que comprendería tanto la bóveda (derecho a sobreelevar) como la sepultura (derecho a utilizar construcciones subterráneas y utilizar el subsuelo).

En este último caso, entiendo que, por aplicación analógica de las normas del derecho civil, si se tratara de un derecho real administrativo de superficie, el mismo no podría ser usucapido por la prescripción larga veinteñal (artículo 2119 CCiv. y Com.).

III.2. *Ius Sepulchri* en cementerios privados

Entrando ahora sin hesitación alguna en el ámbito del derecho privado, el punto de partida es la regulación que el Código Civil y Comercial de la Nación brinda acerca del *Ius Sepulchri*. El Código Civil y Comercial de la Nación trae al cementerio privado como un nuevo derecho real autónomo (artículo 1887, inc. f, CCiv. y Com.), sobre cosa total o parcialmente propia (artículo 1888 CCiv. y Com.) y un derecho de sepultura que tendrían los particulares de dudosa naturaleza jurídica (artículo 2112 CCiv. y Com.). En este sentido, establece un sistema confuso y totalmente reprochable, porque se ha optado por regular al conjunto (el inmueble privado que se va a afectar al destino de cementerio) cuando el enfoque de la regulación debiera haber sido desde el punto de vista del derecho de sepultura que adquiere el particular en un cementerio privado. Como expresa el profesor Kiper (2017), “en rigor, el inciso f del artículo 1887 debió referirse al derecho de sepultura” (p. 809). Muy por el contrario, el derecho de sepultura se encuentra simplemente mencionado en un simple artículo (artículo 2112 CCiv. y Com.), en

el que se hace referencia a que “al derecho de sepultura sobre la parcela se le aplican las normas sobre derechos reales.” De dicho artículo parecería que surge un nuevo derecho real autónomo, el cual, sin embargo, no se encuentra enumerado en el *numerus clausus* que trae el artículo 1887 (que solo enumera al conjunto sobre el que se asienta, cementerio privado), sin una estructura legal definida (artículo 1884 CCiv. y Com.) y, en general, sin ninguna norma estatutaria que regule un supuesto nuevo derecho, que solo se nombra. La dificultad en crear un nuevo derecho real —como nos explica el profesor Briz Santos Jaime (1973)— radica en que ha de tener un contenido concreto, en alguna forma deducido de un precepto legal de carácter coactivo, lo que la doctrina alemana denomina “fijación de tipo” y que efectivamente limita en este respecto notablemente la autonomía de la voluntad (p. 22). Aún la redacción del artículo 2112 dice que se le aplican las normas de los derechos reales, generando así una naturaleza híbrida, porque, si realmente fuese un derecho real, la aclaración realizada sobre la naturaleza de las normas que se le aplican caería al vacío. Es más, no sería arriesgado presumir que, respecto de ese dudoso derecho real, rondaría la nulidad que predica el artículo 1884 CCiv. y Com. (Causse, 2016). Lamentablemente, como expresa el profesor Alterini (2012), “(...) no se clarifica de ningún modo en el capítulo de los cementerios privados que tipo de derecho tienen cada uno de los titulares sobre las distintas parcelas, lo que genera la posibilidad de distintas interpretaciones igualmente válidas” (p. 144).

Para Kiper (2017), pese a las deficiencias legislativas que él mismo reconoce, el Código Civil y Comercial trae un derecho real autónomo y principal de sepultura, con carácter mixto, siendo el derecho de sepultura un derecho real sobre cosa propia:

(...) El derecho de los adquirentes de las parcelas que serán utilizadas para inhumar cadáveres parece más bien un derecho sobre cosa ajena, ya que el dueño —o en su caso los condóminos— no dejan de serlo por el hecho de la afectación (...). Podría interpretarse que se asemeja al derecho de superficie. Aquí una persona es dueña del terreno afectado a cementerio, y muchas otras tendrían un derecho real sobre cosa propia sobre el espacio destinado a sepultura (normalmente bajo el suelo), complementando con el derecho de uso de sector de sectores de aprovechamiento común, que pertenecen al dueño del terreno (p. 810).

Para Cossari (2016), el derecho de sepultura que tienen los particulares en un cementerio privado se trata de un derecho real sobre objeto propio:

Se trata de un derecho real sobre cosa propia, no porque lo diga el artículo 1888, sino porque respecto a la parcela del sepulcro puede pre-

dicarse un derecho sobre cosa propia e incluso si el sepulcro o sepultura estuviere aun sin construir no encontramos repugnancia en considerar la misma como cosa propia tal como acontece en el caso del art. 2077 referente a conjuntos inmobiliarios aun cuando la unidad no se hallase construida o en proceso de construcción (p. 125).

Saucedo (2014) entiende que es un derecho real autónomo y principal sobre cosa parcialmente propia. Así explica:

El nuevo derecho no recae sobre el cementerio como tal, sino sobre las parcelas que surjan de su fraccionamiento interno, destinadas a sepultura. La sepultura, es un derecho real inmobiliario sobre cosa parcialmente propia (la parcela, pero no el resto del complejo y sus instalaciones comunes); es principal, y no accesorio, pues no depende de otra prerrogativa para existir como tal; es registrable, atento a lo dispuesto por los artículos 1890 y 2106 y se ejerce por la posesión (conf. artículo 1891) (p. 684).

Sabene y Panizza (2016) sostienen:

Estamos en presencia de dos derechos reales, distintos entre sí, pero vinculados en su esencia, dado que el derecho real de sepultura no existe si previamente no se afectó el inmueble al derecho real de cementerio privado, y este último solo existe para hacer posible el surgimiento del primero, puesto que nadie afecta un inmueble a un cementerio privado si no tiene en miras comercializar las parcelas. El cementerio privado se trata de un derecho real sobre cosa propia y el derecho real de sepultura es sobre cosa ajena (p. 2).

Por último, es por demás interesante la interpretación realizada por el profesor Alterini (2018), para quien no es posible entender que hay dos derechos reales (el de cementerio privado y el derecho real de sepultura); por el contrario, entiende que primero habrá un “estado de cementerio privado”, que existe cuando se afecta mediante escritura pública el terreno a cementerio privado y luego nacerán los derechos reales de cementerio privado en cabeza de los adquirentes de las parcelas con sus transferencias, todo ello a las veces de lo que sucede con la propiedad horizontal. “La titularidad real del afectante sobre el inmueble asiento del cementerio desaparece para dar nacimiento al derecho real que nos ocupa. Desde este alumbramiento el derecho del afectante queda confinado a las parcelas que no hubiera transmitido y sobre ellas su derecho será el mismo que exhiben los adquirentes con relación a las parcelas transmitidas: el derecho real de cementerio privado” (Alterini, 2018, p. 516).

Vemos como en general la doctrina autorizada le reconoce el carácter de derecho real al derecho de sepultura. Sin embargo, no podemos dejar de soslayar que la afirmación de que se trata de un derecho real autónomo infringe la teoría de los derechos reales como hemos visto supra. Es sobreabundante que afirmemos que el régimen de los derechos reales se caracteriza por ser de orden público y precisamente la carencia de normas estatutarias conllevan a esta normativa errática y dudosa.

Aceptando el carácter de derecho real del derecho que adquieren los particulares, para los autores que sostienen que se trata de un derecho real principal el mismo se tornará usucapible en los términos de los artículos 1897 (“La prescripción para adquirir es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley”) y 2565 (“Los derechos reales principales se pueden adquirir por la prescripción en los términos de los artículos 1897 y siguientes”). El profesor Kiper, en su *Tratado de Derechos Reales* (2017), expresa que “sólo podrá ser usucapido mediante la usucapión larga” (p. 811); sin embargo, entiendo que, si el mencionado autor asemeja la sepultura a la superficie, este último no se puede usucapir veinteñalmente (conf. artículo 2119). Para Saucedo (2014), teóricamente es posible la adquisición del derecho real de sepultura por usucapión, atento a su condición de potestad real que se ejerce por la posesión (p. 685). Sin embargo, expresa:

Empero, es difícil que este caso se verifique en la práctica en los cementerios privados, especialmente respecto de terceros totalmente ajenos al complejo, que practiquen inhumaciones en parcelas vacías a espaldas del propietario o administrador. En cambio, sí puede ser factible la prescripción adquisitiva que uno de los cotitulares del derecho real de marras pueda practicar contra los restantes, impidiéndoles el ejercicio de las facultades inherentes a esa prerrogativa, o cuando aquellos se desentiendan de sus deudos y no asistan al camposanto ni participen en el pago de las expensas y demás erogaciones derivadas de su mantenimiento (pp. 685-686).

Con ello está conforme también el profesor Kiper (2017, p. 811).

Para quienes es un derecho real subordinado a la existencia de otro (Sabene y Panizza), no lo podrá ser porque solo son usucapibles los derechos reales principales (artículo 2565 CCiv. y Com.).

IV. Jurisprudencia

La jurisprudencia mayoritaria ha establecido la procedencia de la usucapibilidad de los sepulcros que se encuentran en cementerios públicos. Desde antaño primaron los fundamentos del plenario “Viana, María A. y otros” (21/08/1942),

que sentó la doctrina según la cual “las sepulturas son susceptibles de ser adquiridas por la prescripción desde que reconocen como título originario una adquisición por venta otorgada por la Municipalidad de la Capital”. Pero, como viéramos, aun habiendo sido jurídicamente superadas las premisas del dicho plenario, actualmente el mismo sigue siendo objeto de cita por los tribunales nacionales a la hora de expedirse acerca de la usucapibilidad de sepulcros.

En los últimos años, a la par de seguir mencionando al referido plenario como antecedente a la procedencia de la usucapibilidad, la jurisprudencia tiene como premisa mayoritarias que, entendiendo al derecho de sepulcro de cementerios públicos como un derecho real administrativo, estos pueden usucapirse mientras que no haya una ley especial que lo prohíba; asimismo, entienden que tratándose de una suerte de derecho real administrativo, lo que corresponde es aplicar por analogía, en tanto sean compatibles, las normas del Código Civil y Comercial, que sí regulan la prescripción adquisitiva. Se observa, asimismo, que, en la mayoría de los casos planteados judicialmente, fallecido el titular de una bóveda omite la denuncia del bien en el juicio sucesorio y va pasando el tiempo, siguen falleciendo los herederos y se incurre en la misma omisión, hasta que llega un momento en que se torna prácticamente imposible seguir el hilo de la cadena de transmisiones. La única forma de obtener el título en sentido instrumental consiste en recurrir a la acción de usucapición, que promoverán aquellos sucesores que efectivamente hayan ejercido por sí —o a través de sus antecesores— la posesión de la bóveda durante el término legal. En esos casos, los sentenciantes han optado por su procedencia (Expte. N° 30.257-2008 - “P. J. E. y Otros c/ L. C. y Otros s/ Prescripción Adquisitiva”, CNCiv., Sala H, 14/11/2019; “O’ Sullivan, Ana María c/ Villamarín, José”, CNCiv., Sala H, 13/06/1997, La Ley Online AR/JUR/2491/1997; CNCiv., Sala F, “Azzaretto, Ricardo c/ Propietarios Bóveda No. 6 del No. 51, Sec. 13ª Recoleta”, del 6/12/2007, la Ley Online AR/JUR/10412/2007; “E. M. C. c/B. B. s/ prescripción adquisitiva”, CNCiv., Sala C, 20/12/2018; Sala F, “A., R. c/ Propietarios Bóveda No. 6 del No. 51, Sec. 13ª Recoleta”, 6/12/2007, la Ley Online AR/JUR/10412/2007; Sala F, “M., M. C. c/ M., L. sus sucesores”, 1/9/2003, JA 2003-IV, 89; “Dollera, Juan Carlos vs. Spurr, Matilde s. Prescripción adquisitiva”, CNCiv, Sala H, 28/06/2018, Rubinzal Online; RC J 5183/18, entre muchos otros).

Con respecto al derecho de sepulcros que se encuentran en cementerios privados, no se observa aún una doctrina judicial acerca de ello. No obstante, me animo a decir que, dado que uno de los tapujos para sostener la prescriptibilidad de los derechos de sepulturas en cementerios públicos fue su naturaleza jurídica, siendo que en el caso del *Ius Sepulcri* en los cementerios privados es casi unánime la posición doctrinaria acerca de que se trata de un derecho real principal, no hay dudas que se establecería su usucapibilidad, de reunirse los requisitos para la misma.

V. Conclusión. Opinión del autor

De las investigaciones aquí realizadas surge claramente que, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria ha querido aceptar la usucapibilidad de los sepulcros. En el caso de los cementerios públicos, muchas veces con fundamentos fuera de lógica y sustentos jurídicos sólidos, incluso citando un plenario —que, aunque reitero, actualmente es plausible a los fines históricos y por haber sido el primero en tratar el tema *in extenso*— tiene fundamentos obsoletos. En el caso de los cementerios privados, yendo en contra de la teoría de los derechos reales vigente.

Más allá del empeño realizado por los juristas para admitir su procedencia realizando acrobacias jurídicas —por así decirlo—, bajo mi punto de vista es difícil pensar en establecer como regla general la procedencia de la usucapición de sepulcros. Como cuestión fáctica, para que el particular pueda hacer actos posesorios y en particular la inhumación de un cadáver (que conforme la doctrina sería el acto posesorio más importante) (1), ello sería imposible sin la correspondiente autorización de la policía mortuoria y administrador del conjunto, quien en el cementerio privado debe llevar un registro de inhumaciones y titularidad (artículo 2109 CCiv. y Com.). Tampoco en el caso de cementerios públicos, donde la Dirección General de Cementerios fiscaliza todo lo relativo a inhumaciones y movimiento de cadáveres, restos o cenizas (artículo 8 y cctes. de la ley 4979/14). En igual sentido han expresado los profesores Saucedo y Kiper para los cementerios privados, pero aquí se hace extensivo a todo tipo cementerio. Aun así, los hechos demuestran que en la práctica ha procedido la usucapición de sepulcros, basta para ello ver la copiosa jurisprudencia que lo avala. Los ingenios para realizar actos posesorios sobre los sepulcros se presentan como una realidad insoslayable que ha hecho a la procedencia del instituto.

Sin embargo, aunque el análisis exegético de las normas ha traído argumentos legales para sentenciar acerca de la usucapibilidad de los sepulcros, no podemos dejar de reconocer la existencia del derecho potencial o concentrado en principios, valores o derechos humanos.

Como expresa el profesor Vigo (2012), con cita a Alexy:

La validez de una norma jurídica no se limita —como con claridad lo ha postulado Alexy— a un análisis autoritativo, sistémico o de eficacia, sino que debe incluir un control ético dado que si ella incurre en una “injusticia extrema” los jueces no la pueden dar por existente en el derecho, e incluso, el derecho a la objeción de conciencia confirma el sentido personalista del actual derecho (p. 207).

(1) Ver Díaz de Guijarro.

En este sentido, no podemos olvidar los valores y principios que reinan acerca del culto y respeto por los restos humanos para su descanso eterno, socialmente aceptados desde antaño. La naturaleza especial del derecho de sepulcro, que reviste sentimientos profundos de sus titulares que tienen a sus seres queridos inhumados en los cementerios, me convencen acerca de la improcedencia de su usucapibilidad cuando los mismos se encuentren ocupados (2). Así se ha pronunciado parte de la doctrina nacional: “El sepulcro, dado su peculiar destino, debe quedar fuera de la institución de la prescripción, porque los actos posesorios que sobre él pueden ejercerse implican un agravio a sentimientos profundos” (Highton y Otros, 1987, p. 167; Lafaille, 1944, p. 166; Abreut de Begher y Espinosa de Benincasa, 2001; Botassi, 2001, p. 5; entre otros).

Es por ello que entiendo inadmisibles que pueda proceder la prescripción adquisitiva cuando la sepultura se encuentre ocupada con restos humanos, pues en este supuesto se conculcarían a todas luces los valores vigentes. La inhumación de cadáveres —cuyos fundamentos, además de higiene, es principalmente la veneración y respeto de los mismos— es incompatible con la situación de que un tercero venga a realizar actos posesorios (¡principalmente inhumar otro sujeto!) cuando la sepultura se encontraba ya ocupada; aún en los casos —como se vio en el acápite de jurisprudencia— en donde los restos preexistentes sean de familiares de quien pretende usucapir con la sepultura de un “nuevo” cadáver —acto posesorio principal—, pues la “planificación del descanso *post mortem*” alcanza, además de la elección de inhumación en un cementerio público o uno privado con determinadas características, con quien compartir la sepultura.

Distinta sería la situación de que la sepultura se encuentre desocupada, situación poco probable en los cementerios públicos por la saturación de cadáveres existentes, pues en esos casos no habría objeciones morales ni éticas para su procedencia.

Es por estos fundamentos mi convencimiento acerca de la no usucapibilidad de sepulcros cuando los mismos se encuentren ocupados por los restos humanos de su anterior titular. El instituto de la prescripción adquisitiva tiene como fundamento la función social de la propiedad, que debe incrementar la riqueza de la colectividad, por eso la ley premia a quien hace que el bien rinda utilidad, aunque no sea el propietario; en el caso de sepulturas ocupadas, la función social de la misma está totalmente cumplida.

(2) En el fallo de la Cámara Civil y Comercial de La Plata, sala I, 29/05/1986 “Gómez María L. c. Gil Modesto y otros” en ED, 139 (p. 652), se estableció la procedencia de la usucapibilidad de un sepulcro que no se encontraba vacío.

Una adecuada técnica legislativa impone que las leyes sean claras, concisas, con lenguaje simple y directo, que se procure armonizar el lenguaje técnico con el habla natural u ordinario de la comunidad. En el presente tópico no hay normas claras acerca de la real posibilidad de usucapibilidad de los sepulcros, y los valores y principios vigentes en nuestra sociedad hacen exigir suma cautela a la hora de expedirse tanto doctrinaria como judicialmente sobre la misma.

VI. Bibliografía

Abreut de Begher, L. y Espinosa de Benincasa, M. C. (2001). Régimen jurídico de los sepulcros en los cementerios públicos y privados. *La Ley* 1989-E, 973, LLP 1990, 01/01/1989, 63. Cita Online: AR/DOC/21908/2001.

Alterini, H.; Alterini, I. E. y Alterini, M. E. (2018). *Tratado de los Derechos reales*. Buenos Aires: La Ley.

Alterini, J. H. (2012). Primeras consideraciones sobre los derechos reales en el proyecto del código, en Academia Nacional De derecho. *La Ley*, E, 898.

Andorno, L. O. (1998). Los cementerios privados. *Jurisprudencia Argentina 80 Aniversario, Thomson Reuters*. Cita Online: 0003/007263.

Borda, G. A. (2012). *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales*. Buenos Aires: La Ley.

Botassi, A. (2001). Cementerios públicos y privados. *La Ley* 1981-C, 1056. Cita Online: AR/DOC/1337/2001.

Briz Santos, J. (1973). *Derecho Civil. Teoría y Práctica. Tomo II. Derecho de Cosas*. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado.

Causse, J. R. (2016). Conjuntos Inmobiliarios: derecho real de cementerio privado. ¿Sinécdoque en los textos de sus normas? *RCCYC*, 25. Cita Online: AR/DOC/1978/2016.

Cossari, N. G. A (2016). Cementerios Privados. En J. H. Alterini (dir.) e I. E. Alterini (coord.), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético 2 edición*. Buenos Aires: La Ley.

Díaz de Guijarro, E. (1939). Los actos posesorios en la usucapión de sepulcros. *JA*, T. 67. Buenos Aires.

Highton, E. I y otros (1987). *Nuevas formas de dominio*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

- Kiper, C. (2017). *Tratado de los Derechos Reales*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Kiper, C. y Otero, M. C. (2017). *Prescripción Adquisitiva*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Lafaille, H. (1977). *Tratado de los derechos reales*. Buenos Aires: Compañía de Editores SRL.
- Lorenzetti, R. L. (1991). Notas para el régimen jurídico de los cementerios privados. *La Ley* -E-1132.
- Marienhoff, M. S. (1936). *Estudio crítico y de legislación comparada del anteproyecto del doctor Bibiloni en materia de derecho de aguas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Marienhoff, M. S. (1990). Imprescriptibilidad de los sepulcros existentes en cementerios estatales. *La Ley* 1990-D, 973. Cita Online: AR/DOC/7491/2001.
- Marienhoff, M. S. (2007). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Prado y Rojas, A. (1878). *Leyes y decretos en la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Imprenta del Mercurio.
- Reina Tartiere, G. (2004). Las denominadas Nuevas formas de dominio. *El Derecho*, Colección Académica, julio de 2004.
- Sabene, S. E. y Panizza, L. (2016). Cementerio Privado y Sepultura. Nuevas situaciones jurídicas registrables. *SJA*, 40 *Thomson Reuters*. Cita Online: AR/DOC/5594/2015.
- Salvat, R. M. (1927). *Tratado derecho civil argentino, Derechos reales*. Buenos Aires: Librería y Casa Editora.
- Saucedo, R. J. (2014). Cementerios Privados. En J. C. Rivera y G. Medina (dir.), *Código Civil y Comercial Comentado*. Buenos Aires: La Ley.
- Spisso, R. R. (2001). Régimen de los cementerios y de los sepulcros. *La Ley* 1983-C, 924. Cita Online: AR/DOC/2443/2001.
- Tranchini, M. H. (2010). Propiedades especiales. En H. Lafaille y J. H. Alterini, *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*. Buenos Aires: La Ley (p. 372 y ss.).
- Vigo, R. L. (2012). De la interpretación de la ley a la argumentación de la constitución: realidad, teorías y valoración. *Dikaion*, N° 21, Vol. 1 (pp. 187-227). Colombia: Chía.

Jurisprudencia

CNCiv. (en pleno), 21/08/1942. “Viana, María A. y otros”. Disponible en La Ley Online. Cita Online: AR/JUR/10/1942 [Fecha de consulta: 22/03/2020].

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 16/12/1925. “Bourdieu, Pedro E. *v.* Municipalidad de la Capital Federal”. *JA* 18-818. Cita Online: 30001178.

Fecha de recepción: 22-03-2020

Fecha de aceptación: 17-06-2020

Mercados financieros y bursátiles como mercados de consumo. Protección de los usuarios y consumidores financieros

POR MAURO F. LETURIA(*) Y ADRIÁN E. GOCHICOA(**)

Sumario: I. Introducción.- II. Consideraciones conceptuales.- III. Mercados financieros como mercado de consumo.- IV. Mercados de valores o bursátil como mercado de consumo.- V. Bibliografía.

Resumen: el presente artículo tiene como finalidad el análisis conceptual de los denominados mercados financieros y bursátiles como mercados de consumo, principalmente a la luz del análisis de los conceptos de relación de consumo, proveedores, consumidor y usuarios. Trabajándose la temática de la duplicación de deuda del usuario financiero en virtud del libramiento de pagarés como garantía personal de las operaciones financieras y de crédito para consumo en el caso de los mercados financieros y la caracterización del consumidor financiero en el caso de

(*) Procurador, abogado y escribano. Esp. en Docencia Universitaria. Doctorando de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Realizó estudios de posgrado sobre Derechos de Autor, Universidad Complutense de Madrid. Prof. Derecho Civil III, Introducción al Pensamiento Científico y Derecho Marítimo y Aeronáutico y Prof. de Posgrado de la Especialización en Documentación y Registración Inmobiliaria, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Prof. Titular Prácticas Profesionales II y Derecho de la Navegación, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Católica de La Plata (UCALP). Prof. Derecho Penal I parte general y Derecho Marítimo y Aeronáutico, Facultad de Derecho, Universidad del Este. Prof. de Metodología de la Investigación, Facultad de Diseño y Comunicación, Universidad del Este. Docente invitado en la Universidad Complutense de Madrid. Prof. de posgrado de la Universidad Austral. Secretario de Extensión y de Investigación, Facultad de Derecho, Universidad del Este.

(**) Abogado. Auxiliar Docente Contratos Modernos, Tecnicatura de Martillero y Corredor, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata (UNLP).

los mercados de valores o bursátiles. Dicho análisis se realiza abarcando el estudio de la normativa vigente, como de la doctrina existente y la jurisprudencia reciente al respecto.

Palabras claves: mercado - consumo - financiero - bursátil - pagaré

Financial and stock markets as consumption markets. Protection of users and financial consumers

Abstract: *the purpose of this article is the conceptual analysis of the so-called financial and stock markets as consumer markets, mainly in light of the analysis of the concepts of relationship of consumption, suppliers, consumers and users. Working on the issue of doubling the debt of the financial user by virtue of the payment of debts as a personal guarantee of financial operations and consumer credit in the case of financial markets, and the characterization of the financial consumer in the case of financial markets, securities or stock markets. Said analysis is carried out encompassing the study of current regulations, such as existing doctrine and recent jurisprudence in this regard.*

Keywords: *market - consumption - financial - stock market - promissory note*

I. Introducción

El régimen jurídico de defensa del consumidor y usuario se aplica a los denominados “mercado de bienes y servicios”, al “mercado financiero” y al “mercado de valores”, en tanto se desarrolle en ellos una relación jurídica de consumo. Esta afirmación sencilla implica la concurrencia de al menos tres dimensiones: la económica, la sociológica y la jurídica.

Desde una visión económica, la noción de “mercado” se refiere a la concurrencia de la oferta y la demanda de bienes y servicios (al menos en cuanto modelo teórico) y la correspondiente formación de precios de los mismos. Esa concurrencia de la oferta y demanda de productos (bienes y servicios) implica la asignación y reasignación de los mismos sobre la base de la voluntad de los agentes que intervienen de acuerdo al valor (real o virtual) de esos bienes y servicios. El mercado, como modelo teórico clásico, permite analizar el comportamiento de los agentes económicos que concurren en el y se representan en la oferta y la demanda de bienes, suponiendo la igualdad y libertad de los mismos como su pluralidad. Fuera de lo exclusivamente teórico, como consecuencia de un proceso histórico identificado con la revolución industrial y la producción en masa de bienes, la oferta de los mismos se masifica en su concurrencia en el mercado (en el modelo capitalista el aumento de la productividad encuentra sustento, entre otros factores, en la idea de revolución tecnológica), lo que generaría la necesidad (y la necesidad de crear)

de una demanda de esos bienes y productos también masificada y la consecuente irrupción del consumidor y/o usuario para lograr ese equilibrio teóricamente supuesto.

Así, se puede hablar de un “mercado del consumo” en la medida de que quienes demanden productos y/o servicios los “consuman” o “usen” como destinatario final, esto es, sin incorporar dichos bienes y servicios a un proceso de producción de otros bienes y/o servicios. Esta finalidad es la que permite calificarlos en consumidores y usuarios, y distinguir el mercado de consumo del mercado de bienes de capital.

Por otro lado, desde una visión sociológica, el intercambio de bienes y servicios y el consumo de los mismos se constituye en un elemento sociabilizador, en cuanto justifica la formación de las primeras comunidades modernas fuera de todo fundamento familiar o de parentesco. Dentro de las comunidades coexisten diferentes relaciones sociales, como las referidas a la producción de bienes de servicios, relaciones sociales laborales, relaciones sociales de consumo de esos bienes y servicios, como así también las referidas al desarrollo y aplicación de la tecnología, tanto a la producción de bienes y servicios como a la vida cotidiana. La centralidad que toman o que se les da en un determinado momento histórico a las mismas permite hablar de una sociedad industrial, sociedad asalariada, sociedad de consumo y, modernamente, sociedad de redes (Castel, 2010; Castells, 2000). Lo que caracteriza a las relaciones sociales de consumo es la desigualdad estructural que se presenta en las mismas, en cuanto quien es parte y/o se encuentra expuesto a una relación de consumo es la parte débil de dicha relación. Lo que caracteriza principalmente a la sociedad de consumo es que lo principal es consumir (en todas las acepciones de dicha palabra), de tal manera que la sociedad en sí se estructura y organiza en base al consumo de bienes y servicios. Las necesidades y sus satisfacciones, el estatus social y hasta la realización personal están vinculados hoy al consumo (Bauman, 2000).

En el plano jurídico, los aspectos económicos y sociales justifican la configuración de una estructura formal que contenga ese fenómeno: el derecho del consumo y/o usuarios. La producción en masa de bienes y servicios, como la necesidad de un consumo también en masa para sostener y justificar esa oferta, dio lugar principalmente a nuevas formas de relacionarse, las cuales jurídicamente se manifestaron en nuevas formas de contratación mediante los denominados contratos de adhesión o por cláusulas predispuestas. Así también la competencia entre los oferentes de productos y/o servicios —o la falta de ella— dio lugar a un mayor dominio de estos en el “mercado”, lo que se tradujo en un debilitamiento de los que consumen esos bienes y servicios, quienes, inmersos en una sociedad donde consumir es casi la *ultima ratio* tienen escaso o nulo poder de negociación, igualdad y

libertad al momento de consumir. Desde este plano, la relación jurídica de consumo se configura normativamente para la protección de la parte débil y vulnerable de la misma, es decir, del consumidor y/o usuario. Los ejes de esa estructura son la relación de consumo, el acto de consumo y el consumidor y/o usuario, los cuales, sobre la base de principios de índole protectorios, se proyectan tanto en el ámbito contractual como extracontractual, en el derecho privado y en el público.

Ahora bien, los mercados de bienes y servicios conviven y se retroalimentan con los mercados financieros en general, como también con el mercado bursátil o de valores, pudiendo constituir un mercado de consumo tanto por separado como en conjunto. Así, cuando los bienes y servicios son “consumidos” como destinatarios final mediante el financiamiento de la adquisición y/o utilización de los mismos, por ejemplo, mediante créditos personales o el aplazamiento del pago del crédito (mercado financiero monetario o de crédito), como cuando ciertos productos bursátiles o derechos crediticios son bienes en sí de consumo, como, por ejemplo, fondos comunes de inversión, títulos públicos, acciones, obligaciones o valores negociables en general entre otras (mercado de valores). De tal manera que no solo se forman para el incentivo directo de la producción de bienes y servicios, sino que el crédito también se constituye en uno de los motores del consumo. El ahorro de las personas como promesa de un consumo futuro cede frente al financiamiento de un consumo actual, del aquí y ahora, como así también a productos bursátiles que antes restringidos para empresas hoy se ofrecen al público en forma indeterminada.

Es en esa conceptualización como mercados de consumo donde aparecen las denominadas operaciones financieras para consumo y las operaciones de crédito para el consumo que en la ley 24.240 se regulan, como así también se plantea la posibilidad de que los mercados de valores pueden ser conceptualizados como mercados de consumo, bajo la denominada figura del “consumidor financiero” y la consecuente aplicación de la ley 24.240.

II. Consideraciones conceptuales

En lo preliminar, debe señalarse que la ley 24.240 y el Código Civil y Comercial definen la relación de consumo, al consumidor y al proveedor. El artículo 3 de la ley 24.240 y el artículo 1092 del CCiv. y Com. conceptualizan a la relación de consumo como “(...) el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario (...)”. El artículo 1 de ley 24.240 y el artículo 1092 del CCiv. y Com. definen al consumidor como “(...) la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social (...)” y en los mismos artículos se equipara al consumidor a quien “(...) sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia

o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social (...).” El artículo 2 de la ley 24.240, por su parte, define al proveedor como “(...) la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios (...); descartándose los servicios profesionales, salvo en lo que respecta a la publicidad de sus servicios.

La relación de consumo, como toda relación jurídica, presenta como elementos a los sujetos, un objeto, y causa en su sentido finalista como en su acepción de causa fuente. Así, a los sujetos de la relación jurídica de consumo se los caracteriza a partir del destino para el cual este adquiere los bienes o servicios, esto es, en su propio beneficio y de su grupo familiar. El consumidor puede ser una persona física o jurídica que adquiere o utiliza, o use o goce en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios con esa finalidad; mientras que al proveedor se lo define en virtud de la actividad (actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios), ya sea que las desarrolle en forma profesional u ocasionalmente y por el destino de los bienes y servicios (destinados a consumidores o usuarios), abarcando personas físicas y jurídicas, sean públicas o privadas. Respecto al objeto de la relación de consumo, pueden ser todos los bienes, en los términos del artículo 16 del CCiv. y Com., en cuanto sean susceptibles de valor económico, por lo que se incluyen todas las prestaciones que impliquen un dar, hacer o no hacer. De tal manera que pueden ser objeto los bienes inmateriales como los bienes materiales (cosas) y dentro de esta las cosas muebles (artículo 227 del CCiv. y Com.), sean consumibles o no (artículo 231 del CCiv. y Com.), así como las cosas inmuebles (artículo 225 y 226 del CCiv. y Com.). Respecto a la causa, en su sentido de causa fuente, la constituye cualquier hecho jurídico mediante el cual se manifieste el acto de consumo; hechos lícitos de consumo, hechos ilícitos como el daño al consumidor como consecuencia del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, también actos jurídicos unilaterales (ofertas) y contratos denominados de consumo propiamente, hoy regulados en el artículo 1093 del CCiv. y Com. Está implícito en el acto de consumo esta desigualdad estructural entre quien —a la postre— es consumidor y quien es proveedor, por lo cual la relación de consumo como relación jurídica se estructura sobre la base desigual con las características señaladas.

Ahora bien, dentro de este esquema general debe identificarse el que corresponde a las relaciones de consumo en los mercados financieros de crédito principalmente y dentro de los mercados bursátiles o de valores.

En lo teórico, y desde el punto de vista económico, el mercado financiero y el mercado de valores o bursátil se diferencian en cuanto a que los activos financieros (créditos) en el primero son a corto plazo, mientras que, en el segundo, suelen ser a mediano o largo plazo (Zandrino y Mac Henry, 2008). Desde el punto de vista del financiamiento de una empresa, la misma puede contraer endeudamiento tomando préstamos con banco y entidades financieras (mercado financiero) o, entre otras alternativas, conseguir financiación a través de inversiones emitiendo obligaciones negociables, esto es, títulos de valores que otorgan a su titular de participación en los activos titularizados (mercado de valores o bursátil).

Desde el punto de vista normativo, conforme a la ley 21.256 puede entenderse a los mercados financieros como la intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros, mientras que, respecto a los mercados de valores, una clase de recurso financiero, la ley 26.831 en su artículo 2 considera o estructura a los mercados como “(...) sociedades anónimas autorizadas por la Comisión Nacional de Valores con el objeto principal de organizar las operaciones con valores negociables que cuenten con oferta pública (...)” y por mercado de capitales como “(...) el ámbito donde se ofrecen públicamente valores negociables u otros instrumentos previamente autorizados para que, a través de la negociación por agentes habilitados, el público realice actos jurídicos, todo ello bajo la supervisión de la Comisión Nacional de Valores (...)”.

En cuanto a la posibilidad de que ambos mercados se constituyan en posibles mercados de consumo, debe señalarse que la posición del consumidor y/o usuario es diferente como se señaló: En el mercado financiero de crédito el usuario de los servicios financieros se constituye en deudor, mientras que en los mercados de valores o de capitales el consumidor asumiría el rol de inversor. Como se indicó, lo que permitiría caracterizarlos como de “consumo” es el destino final (para él o su grupo social) para el cual los productos o servicios financieros se adquieren o utilizan, esto es cuando sean adquiridos o utilizados por su valor de uso y no por su valor de cambio.

III. Mercados financieros como mercados de consumo

En primer lugar, corresponde señalar a los sujetos que actúan como consumidores y/o usuarios y proveedores en el mercado financiero, cuando media una relación de consumo.

Así, en los mercados financieros de créditos respecto a los proveedores, la ley 21.526 en sus artículos 1, 2 y 3 señala que quedan comprendidas “(...) las personas o entidades privadas o públicas —oficiales o mixtas— de la Nación, de las provincias o municipalidades que realicen intermediación habitual entre la oferta

y la demanda de recursos financieros (...)” (1). Por su parte, la Comunicación “A” 6681 del Banco Central de la República Argentina (2019), referida a la protección de los usuarios de servicios financieros, señala como sujetos obligados a las entidades financieras (ley 21.526), los operadores de cambio (por las operaciones comprendidas en las normas sobre “exterior y cambios”), los fiduciarios de fideicomisos acreedores de créditos cedidos por entidades financieras y las empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito y/o compra, excepto por las operaciones no comprendidas en la Ley de tarjetas de crédito. Por último, en relación a entidades comprendidas en la normativa sobre entidades financieras, resulta de aplicación el CCiv. y Com. en cuanto regula los contratos bancarios con consumidores y usuarios (artículos 1384 a 1389).

Respecto a los consumidores y/o usuarios, son las personas físicas o jurídicas que contraen un crédito para adquirir y/o utilizar bienes o servicios de consumo y también aquellos cuya adquisición y/o utilización es financiada por el mismo del vendedor del bien o prestador del servicio. Resultan ser proveedores de estos servicios financieros principalmente las entidades financieras. El objeto, en este caso, es el crédito como producto o servicio financiero siendo su causa una operación contractual y el consumidor es el deudor de ese crédito.

La Comunicación “A” 6681 del Banco Central de la República Argentina (2019) anteriormente referenciada define a los usuarios de servicios financieros señalando que “(...) comprende a las personas humanas y jurídicas que en beneficio propio o de su grupo familiar o social y en carácter de destinatarios finales hacen uso de los servicios ofrecidos por los sujetos obligados, como a quienes de cualquier otra manera están expuestos a una relación de consumo con tales sujetos (...)”.

Específicamente señala que “(...) revisten ese carácter las personas humanas y las personas jurídicas que no adquieran o utilicen productos o servicios financieros ofrecidos por los sujetos obligados para ser incorporados a su actividad comercial (...)” y también aquellos que sean “(...) deudores de créditos cedidos por las entidades financieras comprendidas en la Ley de Entidades Financieras, independientemente de que hayan o no sido notificados fehacientemente de la transferencia de su obligación, así como los deudores de créditos adquiridos por entidades financieras por cesión (...)”.

(1) Contemplándose expresamente a bancos comerciales, de inversión, hipotecarios, compañías financieras, sociedades de ahorro y préstamo para la vivienda u otros inmuebles y cajas de crédito, sin perjuicio de otras entidades que resulten comprendidas en virtud del volumen de sus operaciones y razones de política monetaria y crediticia.

Como bien señala Barocelli (2015a), abarca tanto al denominado consumidor directo como a los consumidores indirectos de conformidad a los artículos 1 de ley 24.240 y 1092 del CCiv. y Com.

En segundo lugar, puede indicarse el objeto de la relación de consumo en el mercado financiero, así la Ley de defensa de consumidor, en su artículo 36, identifica como relaciones de consumo a las operaciones financieras para consumo y a las de crédito para el consumo.

Las operaciones financieras para consumo se refieren a la toma de un crédito por un consumidor, siempre que el mismo sea como destinatario final en beneficio propio o de su grupo familiar o social, o sea para la adquisición o utilización de bienes y servicios que no van a ser incorporados al proceso de producción de otros bienes o servicios o, como señala la Comunicación "A" 6681 del Banco Central de la República Argentina (2019), cuando no se adquieran o utilicen dichos productos o servicios financieros para ser incorporados a su actividad comercial. Conforme señala la doctrina, estas operaciones abarcan las denominadas operaciones "activas" (2), las operaciones "pasivas" (3) y las operaciones "neutras" (4), en cuanto tengan a una persona física o jurídica como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social (Barocelli, 2015b; Gómez Leo y Aicega, 2011; Alterini, 2016; Lovece, 2011).

Las operaciones de crédito para el consumo se refieren al financiamiento de la adquisición y/o utilización de bienes y servicios para el consumo en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Dicho financiamiento puede implicar el pago del precio del bien o servicio en cuotas o ser diferido en el tiempo al proveedor (el financiamiento lo realiza el proveedor), o bien el pago al proveedor se lo realiza un tercero (entidad financiera en gral.) quien financia al consumidor y este devuelve el crédito a esta entidad.

Respecto a la causa de la relación de consumo en el mercado financiero, como se indicó, normalmente es una operación contractual en la cual generalmente subyace un préstamo o mutuo, el cual constituye un contrato de consumo en los términos del artículo 1093 del CCiv. y Com. Además, si interviene una entidad bancaria, debe tenerse presente la regulación del CCiv. y Com. respecto a los contratos bancarios con consumidores y usuarios (artículos 1384 a 1389), en cuanto impliquen un contrato de consumo (artículo 1384). Ahora bien, la causa puede también no ser contractual cuando se trate de quienes de cualquier otra manera

(2) Por ejemplo, mutuos bancarios, aperturas de crédito, descuentos de documento, entre otras.

(3) Por ejemplo, cuenta corrientes y depósitos bancarios.

(4) Por ejemplo, custodia de títulos y servicios de caja de seguridad.

están expuestos a una relación de consumo (Comunicación “A” 6681 del Banco Central de la República Argentina, 2019)

III.1. Duplicación de deuda del consumidor financiero y el denominado pagaré de “consumo”

En la actualidad la problemática se centra en la utilización de títulos de créditos como “garantía” del financiamiento del consumidor, específicamente la utilización de pagarés o los denominados “pagaré de consumo”. Favier Dubois (2016) define al pagaré como “(...) un título de valor que contiene la promesa incondicionada de una persona denominada suscriptor de pagar a otra denominada tomador o beneficiario o a su orden una suma determinada de dinero, a la vista o en plazo estipulado en el título” (p. 657) y Gómez Leo (citado en Sánchez Cannavó, 2017) como “(...) el título de crédito a la orden, abstracto, formal y completo que contiene una promesa incondicionada de pagar una suma determinada de dinero a su portador legitimado, vinculando solidariamente a todos los firmantes del título (p 567). En resumen, implica un documento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo que en él se menciona, teniendo además los caracteres de abstracto, formal, cuya circulación es por endoso (salvo cláusula de prohibición de endoso).

No solo existen en una relación de consumo (operaciones financieras para consumo y a las de crédito para el consumo), sino que, en la práctica, las mismas conllevan como garantía personal la emisión de un pagaré, de una nueva obligación, lo que genera una duplicación de la deuda, según entendemos.

En otros términos, quien pretende realizar el financiamiento de la adquisición o utilización de bienes y servicios como destinatario final, ya sea utilizando un crédito en una entidad financiera o bien mediante el pago en cuotas o aplazamiento del o de los pagos, se ve forzado a emitir un pagaré para garantizar el cumplimiento de aquel financiamiento. Por un lado, se realiza una operación contractual: en las *operaciones financieras para consumo* generalmente es un préstamo, que constituye un contrato de consumo en los términos del artículo 1093 del CCiv. y Com., y si interviene una entidad bancaria también un contrato bancario (artículos 1384 a 1389) con consumidores y usuarios para acceder al financiamiento o crédito para adquirir bienes y servicios; en las *operaciones de crédito para el consumo* también existe una relación contractual que vincula una venta, adquisición, uso o utilización de bienes y servicios, que implica un contrato de consumo en los términos del artículo 1093 del CCiv. y Com. y otra relación contractual (cuando es otorgado por un tercero) o en el mismo contrato (cuando el crédito lo realiza el proveedor) ya sea por aplazamiento, fraccionamiento o financiamiento del pago.

Paralelamente a esas operaciones contractuales, el consumidor para garantizarlas emite un pagaré, el cual, como se señaló, implica el derecho literal y autónomo que entre otras cosas se caracteriza por su abstracción. Por lo cual para el consumidor surgieron 2 deudas.

En la medida de que un pagaré instrumente una relación de consumo o bien constituya una nueva deuda para garantir o lograr una cobertura del crédito o financiamiento que una persona utiliza para la adquisición u utilización de bienes y servicios como destinatario final, como entendemos que sucede, la problemática plantea cuestiones de fondo o derecho sustancial como también de forma o procesal.

III.1.1. Aspecto sustancial

En el plano sustancial, las operaciones financieras para consumo, las de crédito para el consumo y la emisión de un pagaré que instrumenta o garantiza dicha operación implica un conflicto entre dos órdenes normativos: el comprendido en el decreto ley 5965/63 y el CCiv. y Com. (artículo 1815 y ss.), y el reglado por el artículo 42 de la Constitución Nacional (CN) y la ley 24.240 y modif. —en el plano nacional— y artículo 38 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires y ley 13.133 y modif. en el plano provincial. Supone la confrontación del orden público protectorio, que caracteriza la protección de la parte más débil en el acto o hecho del consumo, con el orden público económico referido a la libre y segura circulación de bienes y riquezas.

Respecto a las relaciones de consumo (operaciones financieras para consumo y a las de crédito para el consumo) el artículo 36 de la ley 24.240 señala bajo sanción de nulidad los requisitos que deben ser detallados en el soporte de dichas operaciones: la descripción del bien o servicio, el precio que corresponde al contado en operaciones de crédito para el consumo, el monto inicial y el monto total financiado, la tasa de interés efectiva anual, el total de los intereses a pagar, el sistema de amortización del capital, cantidad y periodicidad de cuotas o pagos, y la existencia y detalle de gastos extras, adicionales o seguros. Si se omitiera alguno de estos extremos el consumidor podrá demandar la nulidad del contrato en su totalidad o en parte, debiendo el juez integrar dicho contrato de ser necesario en este último supuesto. Si interviene un tercero otorgando un crédito para el financiamiento, la adquisición del producto o servicio estará condicionada a la obtención de dicho crédito. Si el crédito no es otorgado, la operación se resolverá sin generar costo alguno al consumidor.

En igual sentido, para el CCiv. y Com., cuando intervenga una entidad bancaria y tratándose de un contrato de consumo en los términos del artículo 1093, la

regulación referida a los contratos bancarios resulta aplicable, en especial la referida a la publicidad de los productos financieros, debiendo contener en forma clara y precisa (con un ejemplo representativo) la información sobre las operaciones que se proponen (artículo 1385). Los contratos deben ser redactados por escrito, permitiendo hacerse con copias, acceso y conservación de la información detallada para el consumidor (artículo 1386), no pudiendo cobrarse suma alguna que no esté expresamente prevista en el contrato, en especial comisiones o costos por servicios no prestados, teniéndose por no escrita toda cláusula relativa a los costos a cargo del consumidor que no esté en el documento o soporte contractual (artículo 1388). Declarando la nulidad de los contratos de crédito que no contienen información relativa al tipo y partes del contrato, el importe total del financiamiento, el costo financiero total y las condiciones de desembolso y reembolso (artículo 1389).

Como se adelantó, la relación de consumo (operaciones financieras para consumo y a las de crédito para el consumo) constituye el negocio causal o principal respecto a la emisión del pagaré. Por su parte, este, al ser un título de crédito abstracto, se desentiende de la causa o motivo causal de su creación y en virtud de que el derecho es a su vez autónomo e independiente del que surge originariamente en la relación causal inicial, como lo es para los sucesivos adquirientes en su circulación y/o ejecución o cobro, no está explícito que se trate de una relación de consumo (ni se exteriorizan los recaudos del mencionado artículo 36 de la ley 24.240 o del CCiv. y Com. cuando el primer tomador sea una entidad bancaria), por lo cual se contrapone a esa autonomía, completitud y abstracción del documento.

En cuanto a la abstracción de los títulos cambiarios, dicho carácter implica la desvinculación del documento cambiario del negocio causal o convención originaria que motivo su creación, como un mecanismo de protección jurídica y celeridad en su circulación. Al portador de la cambiaria no se le pueden oponer las defensas emergentes de la causa de dicho documento, así, por ejemplo, no le resultaría oponible al tercer portador la defensa de incumplimiento del contrato o convención causal por parte del primer tomador de la misma para frenar su ejecución. La autonomía del derecho, por su parte, implica que en cada transmisión del pagaré o adquisición el derecho es originario, desvinculándose la posición jurídica de los portadores previos, lo que implica, como consecuencia, que el obligado al pago no acumule las defensas que tenía contra portadores anteriores y pueda oponerlas contra el tercero portador que lo presenta al pago. Por último, el pagaré como título de crédito debe ser completo, de tal manera que se baste a sí mismo. Implica una consecuencia lógica del carácter abstracto, atento que al prescindirse del negocio causal no debe existir remisión al mismo, por lo cual la situación de los sujetos que intervienen en la circulación de la misma se encuentra regulada

exclusivamente y excluyentemente por el pagaré (Sánchez Cannavó, 2017b; Favier Dubois 2016b; Gómez Leo, 2014; Gómez Leo y Aicega, 2011b; Escuti, 2016).

En este plano se produce una duplicación de la deuda del consumidor porque el pagaré es emitido para garantizar el negocio causal u originario (contrato de consumo), no instrumenta en sí dicho negocio causal, sino que, con independencia de él y conforme a sus características propias, genera una nueva obligación a cargo del consumidor. Consecuencia de ello es que el contrato de consumo que origina las operaciones financieras para consumo y a las de crédito para el consumo deben cumplir con los recaudos sustanciales previstos en el artículo 36 de la ley 24.240 y del CCiv. y Com. citadas, y no así el pagaré. Ahora bien, esto no significa que el pagaré se cree, circule o se ejecute sin ninguna vinculación con la relación de consumo, sino que debe armonizarse ambos regímenes de tal manera de garantizar la protección que emana del artículo 42 de la CN y 38 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires.

III.1.2. Aspecto procesal

Desde lo procesal la confrontación se refiere al modo de conocer el conflicto particular que implica la relación de consumo referidas a las operaciones financieras para consumo y a las de crédito para el consumo garantida con la emisión de un pagaré. El conflicto normativo que se da en lo sustancial, referido a los recaudos del artículo 36 de la ley 24240 y CCiv. y Com. que deben cumplir los contratos y las características propias del régimen jurídico del pagaré, regulado en el decreto ley 5965/63, artículos 101 y sig. y artículo 1834 del CCiv. y Com., se traduce en conflictos respecto a la competencia y tipo de proceso para dilucidarlo.

Respecto a la competencia, el artículo 36 de la ley 24.240 distingue según las acciones judiciales sean iniciadas por el consumidor o usuario, o bien por el proveedor. En el caso que el proceso judicial sea iniciado por el proveedor, resulta competente el tribunal que corresponda al domicilio real del consumidor, no pudiéndose prorrogar, bajo sanción de nulidad. En el caso de que las acciones judiciales sean promovidas por el consumidor o usuario, este podrá optar por iniciar el proceso judicial ante el juez o tribunal correspondiente al lugar del consumo o uso, al del lugar de celebración del contrato, el del domicilio de él, o al del domicilio del proveedor o citada en garantía.

Ahora bien, esta disposición del artículo 36 de la ley 24.240, de índole procesal, se contrapone con las disposiciones procesales locales que regulan la competencia; por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires el artículo 5 inc. 3 del Código Procesal Civil y Comercial señala que

(...) con excepción de los casos de prórroga expresa o tácita, cuando procediere, y sin perjuicio de las reglas contenidas en este Código o en otras leyes, será juez competente: (...) cuando se ejerciten acciones personales, el del lugar en que deba cumplirse la obligación, y, en su defecto, a elección del actor, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, siempre que el demandado se encuentre en él, aunque sea accidentalmente, en el momento de la notificación (...).

Permitiéndose la prórroga expresa o tácita de la competencia en asuntos exclusivamente patrimoniales (artículos 1 y 2 del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires). En el mismo sentido se regula en la jurisdicción nacional respecto a la atribución de competencia territorial dentro de ella en los artículos 5 inc. 3, 1 y 2 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN).

Como puede apreciarse, el artículo 36 de la ley 24.240 prohíbe, bajo sanción de nulidad, todo pacto que modifique la competencia territorial del tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor (o sea toda prórroga expresa o tácita de competencia) que intente hacerse valer cuando este sea demandado. Esta cuestión se tradujo en controversias referidas a cuál norma debe prevalecer en torno a la asignación de la competencia territorial y la posibilidad de declarar de oficio la incompetencia.

Sobre la posibilidad de declarar de oficio la incompetencia, en la provincia de Buenos Aires la Suprema Corte de Justicia ha sentado el criterio como doctrina legal en el fallo “Cuevas, Eduardo Alberto c/Salcedo, Alejandro René s/Cobro ejecutivo” que

(...) El juez se halla habilitado para rechazar de oficio su competencia si constata que, en fraude a la ley, la ejecución traída se encuentra causada por una operación financiera para consumo o de crédito para consumo. Por el contrario, proveer la ejecución del pagaré ante tales circunstancias, lejos de traducir un comportamiento funcional al ámbito jurídico, habría configurado un verdadero escamoteo de la aspiración de justicia que debe rezumar toda actuación procesal, y, en sentido lato, todo el ordenamiento formal y fondal. Habría quedado configurado así un claro supuesto de abuso de derecho, mediante la utilización del denominado fraude a la ley (del voto del Juez Pettigiani).

Este criterio fue reiterado, sostenido y aclarado por el máximo órgano judicial de nuestra provincia en el fallo “Crédito para todos S. A. c/ Estanga, Pablo Marcelo s/ Cobro ejecutivo”, en donde se anula un fallo plenario dictado por la Cámara

destacando el carácter vinculante de la doctrina legal emanada de la causa “Cuevas” y agregando en cuanto a su alcance que

(...) la doctrina que fluye del precedente sentado por esta Suprema Corte en el caso “Cuevas” (C 109305, 1-9-2010) no se cristaliza en una solución establecida por esta Corte para fijar a priori el organismo que deberá conocer en la causa. Diversamente, emplaza al juez en la situación de analizar, en cada proceso en particular, la eventual existencia de una relación sustancial de consumo. De allí que la respectiva competencia territorial queda sujeta, en principio, al resultado de tal evaluación (...).

La misma orientación se ha asumido en el orden nacional en el plenario “Autoconvocatoria a Plenario s/ competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se involucren derechos de consumidores” (Expte. S.2093/09) del 29/06/2011 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En Igual sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los fallos “Productos Financieros S.A. c/ Ahumada Ana Laura s/cobro ejecutivo”, “Compañía Financiera Argentina S.A. c/ Monzón, Mariela Claudia s/ Ejecutivo”, “Productos Financieros S.A.C. c/ Campos, Víctor Hugo s/cobro ejecutivo”, “HSBC Bank Argentina S. A. c. Gutiérrez, Mónica Cristina”, “Sol Cooperativa de Vivienda Crédito y Consumo Ltda. c/ Duguet, Patricia del Carmen s/ ejecutivo”.

Respecto a la asignación de la competencia territorial, tanto en los fallos “Cuevas” como en el fallo “Crédito para todos S. A” se señaló que

(...) No es posible aceptar que el esfuerzo normativo llevado a cabo por el legislador nacional, a través del establecimiento de una competencia territorial improrrogable en beneficio de la parte débil de la relación de consumo (art. 36 de la ley 24240 conf. ley 26361), con clara finalidad tuitiva, pueda ser olímpicamente dejado de lado por el simple recurso —ordinariamente observado— de acudir a títulos cambiarios para instrumentar la deuda contraída por el consumidor con los profesionales del negocio del crédito para consumo (del voto del Juez Pettigiani) (...).

Y que

(...) Más allá de las limitaciones cognoscitivas propias de los procesos de ejecución, que impiden debatir aspectos ajenos al título, cuando la pretensión ejecutiva reconoce arraigo en una relación de financiación para el consumo, es posible y necesario interpretar la aludida regla procesal, de modo compatible con los principios derivados de la legis-

lación de protección de usuarios (arts. 1, 2, 36 y 37, ley 24.240). Y ello a fin de poder arribar a la solución que proteja del modo más eficiente posible la finalidad tuitiva de grupos tradicionalmente postergados y particularmente vulnerables, como ocurre con los usuarios y consumidores (...).

Respecto al tipo de proceso jurisdiccional, la cuestión se plantea en cuanto a la intensidad y momento del conocimiento jurisdiccional del conflicto particular que implica una relación de consumo referirá a operaciones financieras garantizada con un pagaré.

Conforme al fundamento propio del comercio, del tráfico comercial y la circulación de los créditos, para lo que en el plano teórico se traduce en la abstracción cambiaria sustancial y formal (Gómez Leo y Aicega, 2011c), se diseñó en el plano procesal un tipo de proceso en las distintas jurisdicciones que permita cumplir y lograr dicho fundamento. Así, se diagramó un proceso de conocimiento acotado o superficial con restricciones probatorias donde la causa del derecho no pueda discutirse en plenitud, previéndose defensas limitadas al documento que habilita esta instancia y sobre ciertas rigurosidades respecto a los mismos la posibilidad de adoptar medidas cautelares para garantizar la efectiva realización del crédito (juicio ejecutivo). Se prevé al pagaré como título ejecutivo (artículo 521 inc. 5 del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires, artículo 523 inc. 5 del CPCCN). Previéndose la posibilidad de un posterior análisis en pleno de la causa del derecho en una etapa posterior mediante un juicio ordinario (artículo 551 del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires, artículo 553 del CPCCN).

Por otro lado, la vía judicial ordinaria implica un proceso de conocimiento pleno, aunque se adopta el trámite o juicio ordinario, sumario, o sumarísimo en la provincia de Buenos Aires (artículos 319, 320 y 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires) u ordinario (sumario) o sumarísimo en el ámbito nacional (artículos 319 y 321 CPCCN). Este proceso de conocimiento permite el debate con amplitud probatoria suficiente para ambas partes y para que el juez conozca sobre la causa del derecho que se discute, la existencia, su naturaleza y alcance del mismo, previéndose en una etapa procesal posterior la efectivización o ejecución de ese derecho (artículos 497, cctes. y ss. del CPCC Prov. de Bs As. del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires, artículos 499, cctes. y ss. del CPCCN).

Debe señalarse que ambos ordenamientos procesales prevén, dentro de la regulación de los procesos de ejecución, que correspondiendo este tipo de proceso el actor opte por elegir un proceso de conocimiento (artículo 519 del CPCC Prov. de Bs As. Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y

artículo 521 del CPCCN) y se prevé la posibilidad de preparar la vía ejecutiva cuando el título en si presentado no la permita (artículo 523 del CPCC Prov. de Bs As. Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y artículo 525 del CPCCN).

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires adopta una postura intermedia en cuanto al tipo de proceso jurisdiccional por el cual, cuando un pagaré tenga su origen en un vínculo jurídico alcanzado por el artículo 36 de la ley de Defensa del Consumidor, deberá ser integrado con los documentos que instrumentan ese negocio causal en el marco del proceso ejecutivo. Esta línea de pensamiento fue desarrollada en los fallos anteriormente referenciados “Cuevas” y “Crédito para todos S.A.” y en “Asociación Mutual Asís contra Cubilla, María Ester s/ Cobro ejecutivo”.

Específicamente al respecto, en la causa “Asociación Mutual Asís contra Cubilla, María Ester s/ Cobro ejecutivo” se establece que

(...) en ese plano de congruencia sistemática es claro que la aplicabilidad de la LDC flexibiliza el andamiaje por el que discurre la pretensión ejecutiva, con respeto de los principios de bilateralidad y defensa en juicio (arts. 18, Const. nac.; 15, Const. prov.; 34 inc. 5 apdo. “c” y 36 inc. 2 y concs., CPCC). Como también lo es que en situaciones como las ventiladas en esta causa la indagación en los aspectos sustanciales (del negocio jurídico extracambiarario) se corresponde con el postulado señalado y pone a resguardo los derechos informativos que amparan al consumidor (art. 42, Const. nac.). De tal suerte, en el ejercicio de las atribuciones que le confiere el ordenamiento procesal (arg. arts. 34 inc. 5 apdo. “c” y 36 inc. 2 y concs., CPCC), el juez puede encuadrar el asunto como una relación de consumo a fin de subsumirlo en el art. 36 de la LDC. Para expedirse sobre la viabilidad de la demanda ejecutiva le es dable examinar los instrumentos complementarios al pagaré que oportunamente hubiese acompañado el ejecutante. Si el título en cuestión, integrado de tal modo o bien autónomamente, satisface las exigencias legales prescriptas en el estatuto del consumidor, podrá dar curso a la ejecución. Ello, claro está, sin desmedro del derecho del ejecutado de articular defensas, incluso centradas en el mencionado art. 36, tendientes a neutralizar la procedencia de la acción (...).

Esta postura supone el análisis pormenorizado de la relación de consumo que constituyen las operaciones financieras para consumo y a las de crédito para el consumo en cada caso en concreto al momento de ejecutar el pagaré, no pudiendo prescindirse en ese momento (proceso judicial) de la relación de consumo que lo motivo.

La circulación de la cambiaria y su efectividad no se ven afectadas, sino que encontrará como límite el monto que se pretenda ejecutar en cuanto sea desproporcionado a lo acordado en el contrato de consumo o exceda lo allí expresamente pactado. La eventual ejecución del pagaré debe integrarse con el contrato de consumo que lo motivo, debiéndose cumplir con el artículo 36 de la ley 24.240.

Esta limitación confronta con las características propias de los títulos de créditos abstractos, en particular con los del pagaré, pero garantiza la funcionalidad y fundamento de ambos sistemas normativos: la protección del deudor-consumidor que duplicó su deuda para obtener financiamiento para consumir, y para el proveedor una vía expedita para cobrar el crédito sin verlo disminuido en cuanto al servicio financiero efectivamente prestado, manteniendo siempre este último la situación de dos créditos y la posibilidad de agilizar su cobro en caso de mora contando con la celeridad y economía del proceso ejecutivo.

V. Mercados de Valores como mercado de consumo

La cuestión en el mercado de valores o bursátil se plantea en forma diferente, ya que como mercado de consumo los bienes a consumir son productos financieros como fondos comunes de inversión, títulos públicos, acciones, obligaciones o valores negociables en general entre otras.

Como se indicó, la ley 26.831 define a los mercados y dentro de estos a los mercados de capitales como "(...) el ámbito donde se ofrecen públicamente valores negociables u otros instrumentos previamente autorizados para que, a través de la negociación por agentes habilitados, el público realice actos jurídicos, todo ello bajo la supervisión de la Comisión Nacional de Valores (...)".

Esta posibilidad de que se constituya como mercado de consumo se encuentra implícita en el artículo 1 inc. b de la ley 26.831, en cuanto señala como objetivo el "(...) fortalecer los mecanismos de protección y prevención de abusos contra los inversores, en el marco de la función tuitiva del derecho del consumidor (...)"; además de ciertas regulaciones parciales referidas principalmente a la adquisición de valores negociables con oferta pública, por lo cual, normativamente la regulación específica se centró principalmente en las condiciones de la oferta pública de valores negociables.

El término de consumidor financiero aparece en los mercados de capitales o bursátiles en el decreto 677/2001 (5) referido al régimen de transparencia de la

(5) Se dictó en el marco de la ley 17.811 la cual fue derogada abrogada por el artículo 154 de la ley 26.831.

oferta pública de obligaciones o valores negociables, en donde se señalaba la necesidad de instaurar un estatuto de los derechos del consumidor financiero como mecanismo de asegurar la vigencia de los derechos regulados en el artículo 42 de la Constitución Nacional, principalmente referido a la transparencia de las ofertas públicas y el establecimiento de un marco jurídico que mejore el nivel de protección de los ahorristas en el mercado de capitales.

Lo cierto es que nunca existió un concepto normativo del “consumidor financiero” en normas propias del sistema jurídico financiero o bursátil, sino que su conformación surge aun hoy del régimen de defensa de consumidor y usuario establecido desde el orden constitucional en el artículo 42 y en la ley 24.240 y modif. —principalmente—, además de las normativas provinciales, y con la sanción del CCiv. y Com. por la referida a los contratos bancarios con consumidores y usuarios: (artículos 1384 a 1389 del CCiv. y Com.). Por último y en base a lo expresado debe señalarse que el CCiv. y Com. la categoría del consumidor-inversor surge implícita del artículo 1385 que en referencia a la publicidad de los anuncios bancarios señala que “(...) Los anuncios del banco deben contener en forma clara, concisa y con un ejemplo representativo, información sobre las operaciones que se proponen. En particular deben especificar: (...) e) la existencia de eventuales servicios accesorios para el otorgamiento del crédito o la aceptación de la inversión y los costos relativos a tales servicios (...)”.

En la doctrina, Palomino (2010) señala que las opiniones se encontraban divididas. En este sentido se pueden distinguir 3 posturas: por un lado, una primera que entiende el sistema normativo financiero como excluyente del régimen de defensa del consumidor, de tal manera que la ley 24.240 no resultaría aplicable en la medida de que dicho subsistema legal no lo prevea expresamente. Otra postura extrema entiende que debe aplicarse el régimen de defensa del consumidor, excluyendo toda normativa de índole ajena a lo allí regulado. En una postura intermedia se enrolan quienes, como el autor citado, entienden que el concepto de “consumidor financiero” debe surgir de la integración normativa (diálogo de fuentes) desde el artículo 42 de la Constitución Nacional, el régimen de defensa de consumidor y la normativa específica que regula el sistema financiero. Coincidimos con esta postura y hoy con la sanción del CCiv. y Com., que se enrola en dicha idea como principio de aplicación e interpretación normativa.

Parecería oportuno señalar ciertas reflexiones sobre las nociones de “prelación normativa” e “interpretación normativa”, distinción esta última que hoy resulta clara a la luz de los artículos 1 y 2 del CCiv. y Com. Cuando se alude a la cuestión de la prelación normativa se parte de la existencia de una situación de hecho que en principio es alcanzada, regulada o subsumida por dos o más normas jurídicas y, en este sentido, lo que se intenta es determinar cuál es la norma o normas

jurídicas a aplicar conforme a un orden de prevalencia de una por sobre otra, tanto de manera vertical como de manera horizontal, cuando no hay exclusión entre ellas. La cuestión de la interpretación normativa ocurre —lógicamente— después, aunque a veces intelectualmente en un mismo acto, ya que una vez determinado cual es la norma jurídica o conjunto de normas jurídicas a aplicar a esa situación de hecho se debe delimitar su naturaleza, alcance y finalidad de la regulación o respuesta normativa para esa situación de hecho.

Con relación al orden de prelación normativa, el artículo 3 de la ley 24.240 señala que dicha ley

(...) se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo (...) en caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor. Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica (...).

Este último párrafo resulta esencial y extrañamente olvidado. Con la sanción del CCiv. y Com., el artículo 1094 —referido a la interpretación y prelación normativa— señala que “(...) las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor (...)”.

Y el artículo 963, dentro del título dedicado a los contratos en general, referido a la prelación normativa, dispone que “(...) cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código (...)”.

Para dilucidar esta cuestión entendemos que la norma de la que debe de partirse es del artículo 42 de la CN, que consagra como faro rector el principio protectorio en el ámbito de las relaciones de consumo, norma que es completada hoy por el CCiv. y Com. en su artículo 1094 citado anteriormente que señala como instrumento de prelación normativa (aplicación) e interpretación al principio de protección del consumidor.

En base a este principio entendemos que se impone de manera directa e integrada la aplicación del régimen de defensa del consumidor y usuarios al ámbito al mercado de valores o bursátil.

En conclusión, como mercado de consumo toma particular relevancia la finalidad o destino final (en beneficio propio, de su familia o grupo social) de la “inversión”, como elemento caracterizante del acto de consumo y consiguiente carácter de consumidor al inversionista, descartando toda inversión destinada a procesos de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios. En el mercado bursátil o de valores la persona física o jurídica realiza una inversión, esto es, adquiere un producto como títulos públicos, acciones, obligaciones negociables, o en fondos de inversión, con un fin de lucro, pero como destinatario final, siendo en este caso un inversor titular de un derecho y no un deudor como cuando toma un crédito.

VI. Bibliografía

Alterini, J. H. (2016). *Código civil y comercial de la nación comentado. Tomo VII*. Argentina: La Ley.

Barocelli, S. (2015) El consumidor de servicios financieros y bursátiles y el rol del estado. Una mirada a partir del nuevo código civil y comercial. *Revista Jurídica de Daños*, Nº 13, diciembre 2015, IJ-XCIII-906. Recuperado de <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idsitio=1&idarticulo=90906> [Fecha de consulta: 10/01/2020].

Bauman, Z. (2000). *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Sociología. (Trad. Victoria de los Ángeles Boschirolí). Barcelona: Editorial Gedisa.

Castel, R. (2010). *El ascenso de las incertidumbres: trabajo, protecciones, estatus del individuo*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Castells. M. (2000). *La Sociedad Red*. Versión Castellana de Carme Martínez Gimeno. Madrid: Alianza Editorial.

Escuti, I. A. (2016). *Títulos de crédito. Letra de cambio, pagaré y cheque*. Argentina. Astrea.

Favier Dubois, E. M. (h.). (2016). *Manual de Derecho Comercial*. Argentina: La Ley

Gómez Leo, O. R. y Aicega, M. V. (2011). Abstracción cambiaria y derecho de consumo. Cuestiones doctrinarias y legales. *El Derecho*, nº 12.822. ISSN 1666-8987.

Gómez Leo, O. R. (2014). *Nuevo Manual de Derecho Cambiario*. Argentina: Abeledo Perrot.

Lovece, G. (2011). La reforma de la Ley de Defensa del Consumidor y la regulación del crédito al consumo. *Revista Jurídica* (pp. 30-45). Recuperado de <http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/handle/123456789/1405> [Fecha de consulta: 15/01/2020].

Paolantonio, M. E. (2010). ¿El consumidor financiero es consumidor? *La Ley*, 22/03/2010.

Sánchez Cannavó, S. (2017). *Manual de Derecho Comercial I*. José C. Paz: Edunpaz.

Zandrino, J. J. y Mac Henry, P. T. (2008). *Manual de derecho comercial*. Argentina: La Ley.

Legislación

Ley 24.240, Ley de defensa del consumidor. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 22/09/1993.

Ley 26.944, Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 16/02/2014. (Ley 27.077: 19-02-2014).

Ley 21.256. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 17/02/1977.

Ley 26.831, Ley de Mercado de Capitales. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 27/12/2012.

Ley 17.454, Código procesal Civil y Comercial de la Nación, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 07/11/1967.

Decreto-ley 7425/68, Código procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, 24/10/1968.

Comunicación "A" 6681 del Banco Central de la República Argentina, Boletín Oficial de la República Argentina, 17/04/2019.

Jurisprudencia

SCBA, 11/08/2010, "Cuevas, Eduardo Alberto contra Cáceres, Claudio Maximiliano. Cobro Ejecutivo" C.109.193. Recuperado de <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=107602> [Fecha de consulta: 15/01/2020].

SCBA, 03/07/2014, "Crédito para todos S. A. c/ Estanga, Pablo Marcelo s/ Cobro ejecutivo", C. 117.245. Recuperado de <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=121850> [Fecha de consulta: 15/01/2020].

SCBA, 14/09/2019, “Asociación Mutual Asís contra Cubilla, María Ester s/ Cobro ejecutivo” C. 121.684. Recuperado de <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=170993> [Fechas de consulta: 15/01/2020].

CNCom., Sala F, 29/06/2011, “Autoconvocatoria a Plenario s/ competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se involucren derechos de consumidores”, Expte. S.2093/09.

CSJN, 10/12/2013, C.577.XLVII.COM, “Productos Financieros S.A. c/ Ahumada Ana Laura s/cobro ejecutivo”.

CSJN, 10/12/2013, C. 623.XLV, “Compañía Financiera Argentina S.A. c/ Monzón, Mariela Claudia s/ Ejecutivo”.

CSJN, 10/12/2013, C. 1088.XLVII.COM, “Productos Financieros S.A.C. c/ Campos, Víctor Hugo s/cobro ejecutivo”.

CSJN, 4-7-2017, Fallos 340:905, “HSBC Bank Argentina S.A. c. Gutiérrez, Mónica Cristina”.

CSJN, 02/07/2019, “Sol Cooperativa de Vivienda Crédito y Consumo Ltda. c/ Duguet, Patricia del Carmen s/ ejecutivo”.

Fecha de recepción: 28-03-2020

Fecha de aceptación: 13-08-2020

La protección de la libertad de expresión de los legisladores, del periodismo y de los ciudadanos. Un análisis comparativo

POR **ALFONSO SANTIAGO**(*)

Sumario: I. Presentación.- II. La inmunidad de opinión de los legisladores.- III. La protección constitucional y convencional de la libertad de expresión de los medios de comunicación, los periodistas y los ciudadanos.- IV. Comparación entre ambos regímenes de protección.- V. Conclusiones.- VI. Bibliografía.

Resumen: en el artículo se describen y se hace un análisis comparativo entre el régimen de la inmunidad de opinión reconocida a los legisladores en el artículo 68 de la Constitución Nacional y los criterios que se han ido desarrollando jurisprudencial y legislativamente para proteger la libertad de expresión de los medios de comunicación, los periodistas y los ciudadanos en cuestiones de interés público.

Palabras claves: inmunidad de opinión - libertad de expresión - responsabilidad

The protection of the freedom of speech of legislators, journalists and citizens. A comparative analysis

Abstract: *the article describes and makes a comparative analysis between the regime of immunity of opinion recognized to legislators in the article 68 of the Argentinian Constitution and the criteria that have been developed jurisprudential*

(*) Abogado y Doctor en Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Prof. titular de Derecho Constitucional y Director de la Escuela de Gobierno de la Universidad Austral. Miembro Titular de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires y Director de su Instituto de Derecho Constitucional.

and legislative to protect the freedom of expression of the media, journalists and citizens in matters of public interest.

Keywords: *immunity of opinion - freedom of speech - responsibility*

I. Presentación

Es sabido y reconocido el enorme valor que la libertad de expresión de los gobernantes y gobernados tiene en una sociedad democrática.

Ya desde sus orígenes, el constitucionalismo veló para proteger especialmente esa libertad en cabeza de los legisladores o parlamentarios, reconociéndoles la denominada inmunidad de opinión. Más recientemente, particularmente a partir del caso “New York Times vs. Sullivan” (1) de la Corte Suprema Norteamericana de 1964, el derecho constitucional se ha preocupado por garantizar ampliamente la libertad de expresión del periodismo y de los ciudadanos en general, como modo de posibilitar un debate público abierto y robusto, incluso cuando ello pudiera ocasionar consecuencias negativas para el honor de las personas. La doctrina de la real malicia, elaborada por la Corte norteamericana y acogida parcialmente por nuestro máximo tribunal, es una prueba de ello.

El objetivo de este trabajo es analizar y comparar el régimen jurídico de la inmunidad de expresión que el artículo 68 de la Constitución Nacional —CN— reconoce a los legisladores, con la creciente protección de la libertad de expresión de los medios de comunicación, de los periodistas y de los ciudadanos en general que se ha ido desarrollando en el derecho argentino en los últimas cuatro décadas.

II. La inmunidad de opinión de los legisladores

La Constitución Argentina establece en su artículo 68 que “ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente ni molesto por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato como legislador”.

Se trata de una inmunidad absoluta, de carácter funcional, que impide que un legislador sea demandado civilmente o denunciado penalmente por cualquiera de las expresiones relacionadas con el ejercicio de su cargo. Su fundamento y finalidad es posibilitar un debate legislativo amplio y sin restricciones ni amenazas de posibles sanciones que puedan debilitarlo.

(1) 376 US 254 (1964).

Ya desde sus comienzos, al resolver el caso Benjamín Calvete (2), la Corte Suprema señaló que esta inmunidad debe interpretarse en el sentido más amplio y absoluto, porque si hubiera un medio de violarla impunemente, él se emplearía con frecuencia por los que intentaren coartar la libertad de los legisladores, dejando burlado su privilegio y frustrada la constitución en una de sus más sustanciales disposiciones.

Más recientemente, nuestro máximo tribunal ha sostenido que cualquier tipo de incriminación de un legislador que se base en las expresiones de sus opiniones es institucional y políticamente dañosa, ya que es preferible tolerar el posible y ocasional exceso de un diputado o de un senador a introducir el peligro de que sea presionada o entorpecida la actividad del Poder Legislativo (3).

Los titulares de esta inmunidad de opinión son los legisladores, diputados y senadores (4), si bien la Corte Suprema en el caso Cavallo (5) la ha extendido a los ministros que participen en las sesiones del Congreso, allí prefirió hablar de “indemnidad” y no de “inmunidad” (6).

Se trata de un privilegio de carácter funcional, no personal, que busca proteger un interés de carácter general o colectivo. En ese sentido, ha sostenido la Corte Suprema que “las previsiones del artículo 60 de la Constitución Nacional (...) tienen una elevada significación, pues su finalidad no es la de proteger a un miembro del Parlamento para su propio beneficio, sino que están destinadas a garantizar la independencia funcional de las Cámaras legislativas, habilitando a los representantes del pueblo a cumplir sus funciones sin temor a acciones civiles y criminales” (7).

Temporalmente, la existencia de esta inmunidad se inicia con la asunción de su cargo y se extiende hasta el día de su cese como legislador.

En cuanto a su extensión espacial, comprende tanto las expresiones realizadas en el recinto como fuera del mismo, siempre y cuando estén relacionadas con su función legislativa, entendida esta en sentido amplio: participación en debates parlamentarios, declaraciones públicas, artículos periodísticos, denuncias, discursos, conferencias, etc. Remarca en este sentido Colautti (1996) que “la inmunidad

(2) *Cfr.* caso “Fiscal c/ Benjamín Calvete”, Fallos 1:297 (1864).

(3) *Cfr.* caso “Cossio, R.J. c/ Viqueira, H.”, Fallos 327:138 (2004), L.L. 2004 C, 314.

(4) El artículo 86 también reconoce esta inmunidad en cabeza del Defensor del Pueblo.

(5) *Cfr.* caso “Cavallo, D.F. s/ recurso de casación”, Fallos 327:4376 (2004).

(6) Esta extensión jurisprudencial de un privilegio legislativo mereció alguna crítica por parte de la doctrina: *Cfr.* Midón, 2007, p. 332.

(7) *Cfr.* caso “Varela Cid, Eduardo”, Fallos 315:1470 (1992), JA 1992-IV-591.

protege las expresiones de los legisladores en cuanto, para su mejor desempeño, deben gozar de absoluta libertad. (...) Una vez que se verifica esta conexidad, el privilegio es pleno, en el sentido de que importa la total irresponsabilidad penal del legislador” (p. 116).

En el caso Varela Cid (8), la Corte Suprema entendió que la inmunidad de opinión existía únicamente respecto de las opiniones vertidas en el recinto de la Cámara, pero luego, en los casos “Cossio” (9) y “Rivas” (10), sostuvo que tal prerrogativa alcanza las expresiones esgrimidas por el legislador incluso fuera del recinto o ante los medios de comunicación, siempre y cuando guarden un nexo directo con la función legislativa que desempeña. Por ello, Sagüés (2018) afirma que la inmunidad de opinión no es geográfica sino institucional, es decir, que no solo ampara al legislador por lo que diga en el recinto, sino en cualquier otro lugar (p. 261). En el mismo sentido, se pronuncia Bidart Campos.

En sentido contrario, cabe señalar que la inmunidad de opinión no abarca las expresiones totalmente desconectadas del rol legislativo, como, por ejemplo, insultos que el legislador realice en la vía pública por un incidente de tránsito, un conflicto con un vecino u otros hechos similares.

Esta prerrogativa comprende toda clase de modos de expresión, tanto las manifestaciones verbales como las escritas y hasta las gestuales.

El único órgano que puede sancionar a los legisladores por sus excesos expresivos es la propia Cámara que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 66 de la CN (11), puede incluso llegar a excluir a sus integrantes. Sin embargo, aún destituido el legislador por la cámara en razón de la impropiedad de sus manifestaciones, no es factible el enjuiciamiento judicial por sus expresiones (12).

La ley 25.320 establece en su artículo 5 que cualquier solicitud de desafuero fundada en los hechos descriptos por el artículo 68 de la Constitución Nacional será rechazada *in limine* por la cámara respectiva.

La inmunidad en lo relativo a las autoridades judiciales es absoluta. El legislador no puede ser demandado civilmente, ni denunciado penalmente por expresiones

(8) Cfr. caso “Varela Cid, Eduardo”, Fallos 315:1470 (1992), JA 1992-IV-591.

(9) Cfr. caso “Cossio, R. J. c/ Viqueira, H.”, Fallos 327:138 (2004), L.L. 2004 C, 314.

(10) Cfr. caso “Rivas, Jorge s/ calumnias”, Fallos 328:1893 (2005), R.920.XXXIX.RHE.

(11) “Artículo 66. Cada Cámara hará su reglamento y podrá con dos tercios de votos, corregir a cualquiera de sus miembros por desorden de conducta en el ejercicio de sus funciones, o removerlo por inhabilidad física o moral sobreviniente a su incorporación, y hasta excluirle de su seno”.

(12) Cfr. caso “Martínez Casas, Mario c/ Storani, C. y Marini, A.”, Fallos 248:462 (1960).

vertidas en el ejercicio de su función legislativa, tanto durante su mandato como luego de su finalización.

Como puede verse se trata de una inmunidad *quasi* absoluta que también comprende expresiones falsas, ofensivas del honor y la intimidad de las personas e incluso a las manifestaciones de odio racial, religioso o de otro tipo, que únicamente pueden ser sancionadas por la propia Cámara, pero nunca por los tribunales judiciales.

III. La protección constitucional y convencional de la libertad de expresión de los medios de comunicación, los periodistas y los ciudadanos

La libertad de expresión como derecho humano está reconocida y protegida de modo general en los artículos 14 (13) y 32 (14) de la CN y, de modo aún más amplio y completo, en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos —CADH— (15).

(13) “Artículo 14. Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: (...) de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”.

(14) “Artículo 32. El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal”. Este artículo, incorporado a la reforma constitucional de 1860 a propuesta de la Provincia de Buenos Aires, pretendía proteger la libertad de imprenta de los medios periodísticos porteños.

(15) Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Inicialmente estuvo referido a la libertad de prensa, luego se amplió a la libertad de expresión y, más recientemente, se engloba en la libertad de dar y recibir información, que tiene un carácter más amplio y comprensivo de las libertades ya mencionadas.

Este derecho humano ha sido protegido con especial énfasis por la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —IDH—, por considerar que no solo es una exigencia de la dignidad de la persona humana, sino que cumple un rol fundamental para la vida democrática de un país.

La libertad de expresión, además de ser un derecho esencial de la persona, representa un valor estratégico para el adecuado funcionamiento de un sistema democrático, al permitir la libre expresión de las personas, el fomento de las relaciones interpersonales, el libre debate de ideas, la conformación de la opinión pública y de las corrientes sociales y, desde allí, posibilitar los pronunciamientos fundados del cuerpo electoral.

Ya en 1822, señalaba James Madison que “un gobierno popular sin información pública, o sin los medios para obtenerla, no es otra cosa que el prólogo de una farsa o una tragedia; o, tal vez, de ambas”. Por su parte, el juez Hugo Black de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en su voto en el célebre caso “*The New York Times v. United States*” (16), sostenía que “la prensa está para servir a los gobernados, no a los gobiernos, se la protege para que pueda desnudar los secretos del gobierno e informar al pueblo. Solo una prensa libre y sin restricciones puede exponer las imposturas del gobierno” (17). También la Corte Suprema Argentina ha dicho a este respecto: “la Constitución Nacional consagra el derecho de prensa como un derecho de carácter estratégico, en conexión con la radicación de la soberanía en el pueblo. Este Alto Tribunal (...) debe tutelar ese derecho esencial para la vida democrática” (18).

En el mismo sentido, la Corte IDH, entre otros desarrollos, ha sostenido:

Respecto al contenido de la libertad de pensamiento y de expresión, la Corte ha señalado que quienes están bajo la protección de la Conven-

(16) 376 US 254 (1964).

(17) Agradezco a Manuel García Mansilla estas dos citas.

(18) Caso “Abad”, Fallos 315:632 (1992), consid. 4 del voto de los Dres. Cavagna Martínez, Fayt y Barra. De manera similar en: “Tavares”, Fallos 315:1699 (1992), consid. 12 del voto del Dr. Barra; “Rodríguez”, Fallos 318:1114 (1995), consids. 5 y 12 del voto de los Dres. Boggiano y Fayt; “Morales Solá”, Fallos 319:2741 (1996), consid. 7 voto del Dr. Vázquez; “Rajneri”, Fallos 320:1272 (1997), consid. 6 del voto de la mayoría; “Gorvein”, Fallos 321:2558 (1998), consids. 5 voto del Dr. Belluscio y 7 del voto del Dr. Boggiano; “Cavallo”, Fallos 321:2617 (1998), voto de la mayoría; “Menem, Eduardo”, Fallos 321:2848 (1998), consid. 8 del voto de la mayoría; entre otros.

ción tienen el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social; ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno (...). Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo. En estos términos puede explicarse la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios y el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas (19).

Podemos apreciar en estas afirmaciones de estos autores y tribunales que la libertad de expresión es una libertad “preferida” que exige una protección muy particular, por la importancia “estratégica” que tiene en una sociedad democrática.

La dimensión social de la libertad de expresión es particularmente relevante para la temática que abordamos en este artículo, especialmente en la tutela de las opiniones que sobre asuntos de interés público pronuncian los medios de comunicación, los periodistas y los ciudadanos.

El régimen específico de la libertad de expresión no ha sido desarrollado tanto por el nivel legislativo (20), sino fundamentalmente jurisprudencial. Ha sido la jurisprudencia de los tribunales nacionales y regionales quienes a través de sus sentencias han realizado una delicada ponderación de los bienes en juego y una necesaria armonización de los derechos comprometidos en cada caso concreto.

(19) Caso “Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

(20) El nuevo Código Civil y Comercial, a la hora de regular las responsabilidades especiales, no trató la responsabilidad civil de los medios periodísticos. Tan solo incorporó el artículo 1771 sobre la acusación calumniosa.

Por ello, el estudio de la jurisprudencia de ambos tribunales resulta particularmente relevante en materia de libertad de expresión (21).

Desde el retorno a la democracia en 1983, la Corte Suprema Argentina, en sus distintas integraciones, ha tendido a la protección de la libertad de expresión en materia de cuestiones de interés público, principalmente a través de la elaboración de la llamada “doctrina Campillay” y de la recepción de la doctrina de algunos elementos de la doctrina de la real malicia del derecho norteamericano (22).

Analicemos los principales contenidos jurídicos de estas dos doctrinas jurisprudenciales.

A partir del caso Campillay c/ La Razón (23), del año 1986, la Corte Suprema Argentina ha eximido de responsabilidad civil o penal al medio de comunicación y/o al periodista que reproduce una noticia, aún falsa o difamatoria, en tres supuestos:

- a) Cuando da cuenta de la fuente de la información.
- b) Cuando utiliza un tiempo de verbo potencial.
- c) Cuando deja en reserva la identidad de los imputados en el presunto hecho ilícito.

Al resolver el caso Jorge E. Martínez Vergara (24), la Corte extendió la aplicación de esta doctrina aún al supuesto de remisión a una fuente anónima.

Progresivamente la Corte Suprema argentina fue introduciendo en nuestro medio el estándar de la real malicia, elaborado por la Corte Suprema Norteamericana (25), para limitar la responsabilidad civil o penal de los medios de comunicación

(21) Hemos ya analizado en tratamiento jurisprudencial de la libertad de expresión por parte de la Corte Suprema Argentina y de la Corte IDH en nuestros trabajos “La libertad de expresión como libertad preferida. Jurisprudencia de la Corte Suprema (1983-2019)”, JA-2019 y “La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte IDH (1978-2018)” JA-2020 (en prensa).

(22) Entre la amplia bibliografía escrita sobre este tema puede verse una síntesis de las distintas doctrinas elaboradas por el Tribunal en AAVV, *La Corte y los derechos humanos* (p. 85 y ss.); Fayt, C., *La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia*, ob. cit. (p. 209 y ss.); Badeni, G., “Las doctrinas ‘Campillay’ y de la ‘Real Malicia’ en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”. *La Ley*, 2000-C-1244, 1262.

(23) Fallos 308:789 (1986).

(24) Fallos 331:162 (2008).

(25) Luego de la emisión del paradigmático fallo “New York Times v. Sullivan” (376 US 254) de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el año 1964, donde se dio génesis al sistema de responsabilidad específico de la real malicia —solo se lo hacía aplicable a los funcionarios públicos—, en “Roseblatt v. Baer” (379 US 75), de 1966, se aplicó la doctrina también a las figuras

y/o periodistas cuando ellos informan sobre figuras públicas o temas de marcado interés público. De acuerdo con esta doctrina, los medios únicamente responden civil o penalmente cuando informan sobre funcionarios públicos, figuras públicas o particulares involucrados en cuestiones de interés público, si publican noticias falsas con conocimiento de la falsedad o imprudente y notoria despreocupación acerca de su veracidad (26).

Corresponde también analizar la doctrina de la Corte Suprema acerca de las demás expresiones protegidas constitucionalmente que no son informaciones, de las que se pueda alegar su falsedad o veracidad, sino opiniones. Estas son juicios de valor o críticas sobre agentes y actos públicos a los cuales no se les aplica la doctrina de la real malicia (27). Con referencia al encuadre jurídico de estas críticas, ha sostenido nuestro máximo tribunal:

Aun cuando se encuentren formuladas en tono agresivo, con vehemencia excesiva, con dureza o causticidad, apelando a expresiones irritantes, ásperas u hostiles, y siempre que se mantengan dentro de los límites de la buena fe aunque puedan originar desprestigio y menoscabo para el funcionario de cuyo desempeño se trate, no deben ser sancionadas penalmente (...), excepto que resulte de los propios términos de la publicación, o se pruebe de otro modo, la existencia del propósito primario de lesionar el honor o causar daño, como ocurre cuando se utilizan contra la persona epítetos groseros o denigrantes, o se invade el ámbito de la vida privada del ofendido (28).

Posteriormente, al resolver el caso Patitó (29), la Corte Suprema sistematizó los distintos supuestos fácticos que era necesario distinguir, pues cada uno de ellos

públicas. Este avance también fue registrado a lo largo de los fallos de nuestra Corte Suprema, siendo ejemplo de ello el citado en la nota anterior.

(26) Ya en el caso “Vago”, Fallos 314:1517 (1991), el voto de los Dres. Fayt y Barra hace referencia a la doctrina de la real malicia. El caso se enmarcó en una demanda de daños y perjuicios en la cual el actor, director del semanario *Prensa Confidencial*, puso en tela de juicio que él pudiera ser considerado una figura pública. De hecho, el demandante no discutió la relevancia de que se utilizara el estándar de responsabilidad atenuada —que implica la real malicia— para las figuras públicas, mas se limitó a discutir que él fuera tal.

(27) Cfr. “Gorvein”, consid. 9 del voto de los Dres. Petracchi y Bossert.

(28) Cfr. “Rajneri”, Fallos 320:1272, consid. 7 del voto del Dr. Belluscio (1997). Ver también “Gorvein”, consid. 9, 10 y 13 del voto de los Dres. Petracchi y Bossert; “Itzigsohn de Márquez”, Fallos 313:740, consid. 7 y ss. del voto del Dr. Fayt (1990); entre otros.

(29) Fallos 331-1530 (2008). El caso Patitó se inicia por una demanda de daños y perjuicios promovida por los integrantes del Cuerpo Médico Forense dependiente de la Corte Suprema contra el diario La Nación y uno de sus periodistas, con motivo de una serie de artículos y de una editorial allí publicados, en los cuales se ponía en tela de juicio el comportamiento de dicho cuerpo y se descri-

tenía consecuencias jurídicas diversas. Se puede leer en el considerando 8 de ese fallo lo siguiente:

Tratándose de informaciones referidas a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares que hubieran intervenido en cuestiones de esa índole, cuando la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, los que se consideran afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad de la noticia y obró con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación por su veracidad (...). Estos principios son consistentes con el diseño de un estado de derecho constitucionalmente reglado. La investigación periodística sobre los asuntos públicos desempeña un rol importante en la transparencia que exige un sistema republicano. El excesivo rigor y la intolerancia del error llevarían a la autocensura, lo que privaría a la ciudadanía de información imprescindible para tomar decisiones sobre sus representantes. Estas afirmaciones forman parte del acervo común de los jueces de importantes tribunales que han adoptado una línea de interpretación amplia, admitiendo incluso el error sobre los hechos (...) el principio de real malicia, a diferencia del test de veracidad, no opera en función de la verdad o falsedad objetiva de las expresiones, pues entra en acción cuando ya está aceptado que se trata de manifestaciones cuya verdad no ha podido ser acreditada, son erróneas o incluso falsas. Lo que es materia de discusión y prueba, si de real malicia se trata, es el conocimiento que el periodista o medio periodístico tuvo (o debió tener) de esa falsedad o posible falsedad. Esta es la primera e importante diferencia. La segunda y no menos importante particularidad radica en que el específico contenido del factor subjetivo al que alude el concepto de real malicia, conocimiento de la falsedad o indiferencia negligente sobre la posible falsedad, no cabe darlo por cierto mediante una presunción, sino que debe ser materia de prueba por parte de quien entable la demanda contra el periodista o medio periodístico (...) en el marco del debate público sobre temas de interés general, y en especial sobre el gobierno, toda expresión que admita ser clasificada como una opinión, por sí sola, no da lugar a responsabilidad civil o penal a favor de las personas que ocupan cargos en el Estado; no se daña la reputación de éstas mediante opiniones o evaluaciones, sino exclusivamente a través de la difusión maliciosa de información falsa.

bían irregularidades que habrían cometido sus integrantes. La Corte en decisión unánime rechaza la demanda por aplicación de la doctrina de la real malicia pues “los actores no han aportado elementos que permitan concluir que el diario conocía la invocada falsedad de los hechos afirmados en el editorial o que obró con notoria despreocupación acerca de su verdad o falsedad” (consid. 10).

De este meduloso considerando, parecería que a la hora de juzgar la responsabilidad civil de los medios de comunicación cuando tratan sobre personas públicas o cuestiones de interés público, hay que distinguir tres supuestos distintos:

a) Difusión maliciosa o temeraria de información falsa sobre personas o asuntos de interés público: para obtener la responsabilidad civil el demandante tiene que acreditar la “real malicia” del informante, es decir, el conocimiento de la falsedad de lo que se afirma o el total desinterés en su averiguación.

b) Expresión de opiniones y críticas sobre figuras o asuntos de interés público, aunque sean fuertes y agraviantes, no dan lugar a responsabilidad civil.

c) Expresiones ofensivas que llegan a ser insultos y trascienden la crítica dura y áspera: dan lugar a responsabilidad.

Cabe también recordar que el artículo 13.5 de la CADH señala que: “Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”. Por ello, esta clase de expresiones tampoco pueden estar protegidas por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Por su parte, el Código Penal modificó en el año 2009 la tipificación de los delitos de calumnias e injurias para adoptarlos a los estándares que surgen de la jurisprudencia nacional e interamericana, particularmente luego de la condena del Estado argentino en el caso Kimel (30). Esa es la redacción actual de los artículos 109 y ss.:

Artículo 109: La calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida con multa de pesos tres mil (\$ 3.000.-) a pesos treinta mil (\$ 30.000.-). *En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas.*

Artículo 110: El que intencionalmente deshonorare o desacreditare a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos (\$ 1.500.-) a pesos veinte mil (\$ 20.000.-). En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos

(30) Caso “Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C, N° 177.

de interés público o las que no sean asertivas. *Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público.*

Artículo 111: El acusado de injuria, en los casos en los que las expresiones *de ningún modo estén vinculadas con asuntos de interés público*, no podrá probar la verdad de la imputación salvo en los casos siguientes: 1) Si el hecho atribuido a la persona ofendida, hubiere dado lugar a un proceso penal. 2) Si el querellante pidiera la prueba de la imputación dirigida contra él. En estos casos, si se probare la verdad de las imputaciones, el acusado quedará exento de pena.

Artículo 113: El que publicare o reprodujere, por cualquier medio, injurias o calumnias inferidas por otro, será reprimido como autor de las injurias o calumnias de que se trate, *siempre que su contenido no fuera atribuido en forma sustancialmente fiel a la fuente pertinente. En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas.*

También la jurisprudencia de la Corte Suprema en algunos de los fallos hizo efectiva la garantía de la libertad de expresión sin censura previa (31) y también dejó

(31) Cfr. caso “Servini de Cubría, María R.,” Fallos 315:1943 (1992); *Jurisprudencia Argentina*, 1992-IV-10; *El Derecho*, 149-24. En este caso, “Servini de Cubría,” la Corte Suprema revoca un fallo de la Cámara Civil que prohibía la emisión de determinados contenidos en un programa televisivo, por entender que dicha prohibición afectaba la prohibición de censura previa consagrada en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales. Ante el conocimiento de que en un próximo programa humorístico se continuaría haciendo referencias agraviantes a su persona, una jueza federal interpuso acción de amparo y solicitó el secuestro del *tape* del programa, para que se excluyeran las partes ofensivas a su persona. La Cámara acogió su pedido y resolvió, sin antes ver la proyección del *tape* impugnado y yendo más allá de lo solicitado en la demanda, prohibir toda referencia a la actora durante el programa televisivo. Ante esta decisión el demandado interpuso recurso extraordinario. La Corte, aun cuando no se trataba de una sentencia definitiva, abrió el recurso extraordinario por las características de la medida dictada y la importancia del derecho afectado. El fallo, que tiene un voto mayoritario conjunto de los Dres. Nazareno, Cavagna Martínez y Moliné O’Connor, varios votos concurrentes particulares (Dres. Levene, Boggiano, Fayt y Belluscio) y dos disidencias parciales (Dres. Barra y Petracchi), revocó la medida de no innovar dispuesta por la Cámara. La decisión mayoritaria de la Corte entiende que la sentencia de la Cámara es arbitraria. El modo en que ella resolvió la medida de no innovar no es compatible con la garantía constitucional del debido proceso. Al no ver el *tape*, desconocía los hechos sobre los que debía resolver. Esto es particularmente grave en materia de libertad de expresión, ya que toda forma de censura previa padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad, debido a la intensa protección de la libertad de expresión consagrada en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales.

sin efecto medidas que podrían considerarse medios indirectos de censura (32), dando así una amplia protección a este derecho humano fundamental.

Como se puede advertir, los desarrollos jurisprudenciales y los cambios legislativos apuntaron a dar una amplia protección jurídica a la libertad de expresión de los medios de comunicación, los periodistas y los ciudadanos en materias donde esté involucrado el interés público, exceptuando de tener que responder civil o

(32) *Cfr.* caso La Prensa, Fallos: 310-1715 (1987). El diario La Prensa fue multado por no observar las disposiciones de precios máximos dictadas por el gobierno en base a lo establecido en la Ley de abastecimiento. El diario entendió que la imposibilidad de aumentar el precio de venta le imponía una fuerte restricción económica que amenazaba su subsistencia y lesionaba de ese modo la libertad de expresión reconocida constitucionalmente. Señala Bianchi (2014) que: “este caso fue ocasión de un interesante debate interno en el Tribunal suscitado entre los defensores de la libertad de expresión y quienes —en minoría— veían al diario como una empresa comercial común y corriente, destinataria de la Ley de abastecimiento en igualdad de condiciones con las restantes de su especie. La mayoría, integrada por los jueces Caballero, Belluscio y Fayt, produjo tres votos separados —lo que pone en evidencia la intensidad del debate aún entre quienes estaban de acuerdo con una misma solución— que en esencia pueden resumirse con las palabras del voto del Presidente del Tribunal, ‘(...) es parte de esa libertad de imprenta que se ejerce a través de la publicación del producto, el fijar el precio, y resulta obvio que si se faculta al poder administrador a regular éste, o se somete a las empresas a la previa autorización, para aumentar los precios de sus ediciones, pueden alterarse garantías constitucionales, pues el artículo 32 de la Ley Fundamental refuerza, en este sentido, la protección del derecho de propiedad consagrado en el artículo 17 de la Constitución Nacional. Me parece importante remarcar —como dato adicional— que la mayoría podrían haber hecho hincapié en la situación concursal de La Prensa y con ese solo fundamento revocar la multa impuesta. Sin embargo, prefirió ir directamente al punto constitucional del caso y resolverlo sin argumentar sobre la singularidad de la situación de la recurrente. La minoría en cambio, cuyo voto suscriben los jueces Petracchi y Bacqué, no hace distinción alguna entre la prensa y cualquier otra empresa comercial: ‘(...) las disposiciones legales dictadas en ejercicio del poder de policía económico social, vinculadas con el aspecto empresarial de la prensa, no se encuentran vedadas por el artículo 32 primera parte de la Constitución Nacional, por el hecho de que hayan sido expedidas por el Congreso Federal (...). En la medida en que el periodismo adopta características análogas a las de las empresas comerciales para alcanzar la capacidad económica requerida por su modalidad actual, lo específicamente periodístico queda indisolublemente vinculado con una categoría de intereses de distinta especie, que no pueden dejar de ser regulados. Sin pretender, para dichos intereses, condiciones de excepción fundadas en el mero hecho que no altera la naturaleza del vínculo aludido de aquéllos, la cual, en definitiva, es la que justifica la regulación. El hecho de que la empresa tenga por fin la publicación de ideas por medio de la prensa no sustrae su política económica particular del deber de ajustarse a la política económica nacional que fije el órgano encargado por la Constitución de ese cometido (doctrina de Fallos 217:145)’. Parecería que en opinión de los autores de esta disidencia, cuando la libertad de expresión está canalizada por un medio empresario, se iguala con la venta de carne, botones o sombreros” (p. 1251). Otro típico medio indirecto de censura es el de la distribución de la publicidad oficial, que puede ser utilizado como instrumento para limitar la libertad de expresión. La Corte Suprema abordará esta delicada temática al resolver el caso Editorial Río Negro S.A. c/ Provincia del Neuquén (E. I. XXXIX, 05-09-2007), estableciendo pautas que impidan una distribución arbitraria de la publicidad oficial.

penalmente aun cuando se tratara de informaciones falsas o que puedan afectar el honor de las personas, quedando solo excluidos de esa tutela jurídica los insultos o aquellos supuestos de “real malicia”. En el fundamento de estos desarrollos jurisprudenciales y legales aparece siempre señalada la dimensión social de la libertad de expresión que recuerda la necesidad y conveniencia de un debate amplio y libre en los asuntos de interés público.

En cambio, no existirá esa amplia tutela cuando se dañe el derecho a la intimidad, aún de las figuras públicas o cuando se trate de información sobre menores. Estos son límites al ejercicio regular de la libertad de expresión, de acuerdo a los parámetros que surjan de la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal.

En relación al derecho a la intimidad, conviene tener en cuenta el precedente del caso Balbín. La revista *Gente y la actualidad* publicó una fotografía de Ricardo Balbín agonizante en la habitación de una clínica, lo que afectó la intimidad del destacado líder radical y de su familia. Tras su fallecimiento, sus familiares promovieron una acción de daño moral contra la editorial y sus propietarios. En fallo unánime, aunque expresado en tres votos diferentes, el tribunal hace lugar a la demanda tutelando el derecho de intimidad, aunque se tratara en este caso de una figura pública. Afirma en este sentido el voto de los jueces Belluscio y Caballero:

La protección del ámbito de intimidad de las personas tutelados por la legislación común no afecta la libertad de expresión garantizada por la Constitución ni cede ante la preeminencia de ésta, máxime cuando el art. 1071 bis del Código Civil es consecuencia de otro derecho inscripto en la propia Constitución, también fundamental para la existencia de una sociedad libre, el derecho de la privacidad, consagrado en el art. 19 de la Carta Magna, así como también en el art. 11, incisos 2 del ya mencionado Pacto de San José de Costa Rica, según los cuales nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación, y toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques” (33).

El tribunal realiza una ponderación de los bienes y derechos en juego y considera que el ejercicio de la libertad de expresión debe ser respetuoso de los ámbitos de intimidad y privacidad, aún de las figuras públicas.

En relación a los menores, cabe mencionar el caso “S., V.” (34). Allí, la Corte Suprema confirmó la sentencia de la Cámara que, en protección de la intimidad de

(33) Fallos 306:1912.

(34) Caso “S., V. c/M., D. A.”, Fallos 324:975 (2001).

un menor, prohibía a los medios dar a conocer su identidad al dar noticias de un juicio de filiación en trámite. El Tribunal relativizó la prohibición constitucional de la censura previa para dar la debida tutela al derecho de intimidad del menor afectado. El interés superior del niño y el hecho de que la prohibición de publicación surgiera de una sentencia judicial que intenta armonizar los derechos constitucionales en juego son dos argumentos que contribuyen a fundar la decisión adoptada. Este criterio fue confirmado años después en el caso Sciammaro c. Diario “El Sol” (35). Allí se cuestionaba la constitucionalidad del decreto-ley 10.067/83 de la provincia de Buenos Aires, que expresamente prohíbe la difusión del nombre de los menores en las crónicas periodísticas. La Corte considera que dicha norma es constitucional y se remite en sus fundamentos a lo expresado por la Procuración General (36). Establecida esta cuestión y con ella la obligatoriedad de la norma, señala que su obligatoriedad no puede soslayarse acudiendo a la doctrina del caso Campillay (37), según la cual los diarios no incurrir en responsabilidad por dar a conocer los nombres de la personas vinculadas a causas penales, si utilizan el potencial (38).

(35) S. 1858. XL, 28-08-2007.

(36) Sobre este punto la Procuración había dicho que la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos “confieren especial tutela a los derechos de la infancia. La necesidad de una ‘protección especial’ enunciada en el preámbulo de la primera, así como la atención primordial al interés superior del niño dispuesta en su artículo 3º, proporcionan un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados menores, debiendo tenerse en consideración aquella solución que les resulte de mayor beneficio. Ello indica que existe una acentuada presunción a favor del niño, que ‘por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal’ (...). En tales condiciones, el artículo 18 del decreto ley 10.067, cuando dispone evitar la publicidad del hecho en cuanto concierna a la persona del menor que resulte vinculado a una situación susceptible de determinar la intervención de los Juzgados, y prohíbe la difusión de detalles relativos a la identidad y participación de aquél, no hace sino proteger preventivamente al menor del padecimiento de eventuales daños, por tratarse de personas que están en plena formación, que carecen de discernimiento para disponer de los aspectos íntimos de su personalidad y que merecen la tutela preventiva mayor que los adultos por parte de la ley”. Ver punto IV del dictamen.

(37) Caso Campillay c. La Razón. Fallos 308-789 (1986).

(38) “Cabe destacar que los lineamientos de la doctrina derivada del caso ‘Campillay’ no son de aplicación cuando media como el sub examen una prohibición legal de difusión respecto de la noticia propalada por el medio. En efecto, si la finalidad tuitiva del legislador fue evitar la publicidad de ciertos hechos, en cuanto concierna a la persona del menor, mal podría soslayarse esta prohibición apelando al uso de un tiempo potencial de verbo o citando expresamente la fuente de que emana la información, aun cuando ésta provenga de los magistrados que entendieron en la causa judicial que involucra al menor de edad. En tales supuestos, sólo omitiendo la identificación del menor es decir, cumpliendo con la prescripción legal se cumpliría con la protección de su esfera de intimidad frente a injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada” (considerando 5).

En definitiva, luego del análisis jurisprudencial y legislativo que hemos efectuado, podemos apreciar que el sistema jurídico argentino ofrece una amplia protección a la libertad de expresión de los medios de comunicación, los periodistas y los ciudadanos en relación a las informaciones, opiniones y debates sobre cuestiones de interés público. Sin embargo, dicha protección no es absoluta, sino que reconoce claros límites en el derecho a la privacidad, aún de los funcionarios públicos; en la imposibilidad de dar los nombres de los menores involucrados en dichas cuestiones; y en la prohibición de insultar a otras personas y de formular expresiones de odio.

IV. Comparación entre ambos regímenes de protección

La inmunidad de expresión reconocida constitucionalmente a los legisladores y el régimen jurídico de especial protección de la libertad de expresión en asuntos públicos establecido en favor de los medios de comunicación, los periodistas y los ciudadanos en general tienen, en buena medida, el mismo fundamento: permitir una amplia circulación de la información y un debate robusto, sin trabas ni inhibiciones como base necesaria de una convivencia democrática.

Sin embargo, es posible establecer entre ellos algunas claras diferencias:

- a) La inmunidad de expresión de los legisladores surge directamente del artículo 68 de la CN y reconoce su origen histórico en la tradición parlamentaria inglesa, mientras que la especial protección de la libertad de expresión en asuntos públicos establecido en favor de los medios de comunicación, los periodistas y los ciudadanos en general, aunque fundada en última instancia en textos constitucionales y convencionales, tiene un régimen de carácter jurisprudencial y legal que se ha desarrollado fundamentalmente en los últimos cincuenta años, a partir del caso “New York Times *vs.* Sullivan” de la Corte Suprema norteamericana y de los casos Campillay, Morales Solá y Patitó de la Corte Suprema argentina.
- b) La inmunidad de expresión de los legisladores en el ejercicio de sus funciones tiene un carácter *quasi* absoluto, ya que únicamente las autoridades de cada Cámara podrían sancionar al legislador por sus dichos, mientras que la protección libertad de expresión de los medios de comunicación, los periodistas y los ciudadanos en general tiene como límites que las declaraciones estén referidas a cuestiones o figuras públicas, que no se refieran a temas íntimos, ni mencionen a menores ni puedan ser considerados insultos o expresiones de odio.
- c) La inmunidad de expresión de los legisladores es temporal y dura desde el día en que asume hasta que finaliza su mandato, mientras que la protección

especial de la libertad de expresión establecida en favor de los medios de comunicación, los periodistas y los ciudadanos en general tiene un carácter permanente.

V. Conclusiones

Nos parecen adecuados y acertados los dos regímenes de especial protección que hemos examinado. Parecería que la creciente expansión de la protección de la libertad de expresión en asuntos públicos establecido en favor de los medios de comunicación, los periodistas y los ciudadanos en general y su acercamiento en parte a la inmunidad ya reconocida a los legisladores guarda relación con la creciente participación y protagonismo de los ciudadanos en la vida política de los sistemas democráticos y con el valor estratégico que se le asigna a la dimensión social de la libertad de expresión e información.

VI. Bibliografía

AAVV. *La Corte y los derechos humanos* (p. 85 y ss.). Buenos Aires: ADC.

Badeni, G. (2000). Las doctrinas “Campillay” y de la “Real Malicia” en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. *La Ley*, 2000-C (pp. 1244-1262).

Bianchi, A. (2014). La Corte de Alfonsín. En S., Alfonso (dir.), *Historia de la Corte Suprema argentina*. Tomo III, (p. 1251). Buenos Aires: Ed. Marcial Pons.

Colauti, C. E. (1996). *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

Midón, M. A. R. (2007). *Prerrogativas del Congreso*. Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis.

Sagiús, N. P. (2018). *Manual de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

Santiago, A. (2019). *La libertad de expresión como libertad preferida. Jurisprudencia de la Corte Suprema (1983-2019)*. JA-2019.

Santiago, A. (2020). *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte IDH (1978-2018)*. JA-2020 (en prensa).

Fecha de recepción: 07-02-2020

Fecha de aceptación: 12-06-2020

La teoría de los contra-límites y el derecho argentino: ¿a dónde vamos?

POR **JORGE ALEJANDRO AMAYA**(*)

Sumario: I. Formulación inicial de la teoría de los contra-límites.- II. Contra-límites e identidad constitucional.- III. Los contra-límites internos en la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: el caso “Schiffrin”.- IV. Los contra-límites externos en la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: el caso “MREyC” y los diálogos inter-jurisdiccionales con la Corte IDH.- V. ¿A dónde vamos?

Resumen: en este trabajo se analiza la relación existente entre la teoría de los contra-límites originada en el derecho italiano y las identidades constitucionales de los países, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Italiana y de la Corte Suprema de la República Argentina. El autor clasifica la teoría de las contra-limitaciones en internas y externas. Las internas se vinculan con los límites expresos e intrínsecos al poder constituyente reformador y las externas con limitaciones a la aplicación interna de las decisiones de los tribunales internacionales. Se identifican y analizan ambas contra-limitaciones en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina, interrogándose sobre el futuro y la extensión de esta teoría.

Palabras claves: contra límites internos y externos - identidad constitucional - Corte Constitucional italiana - Corte interamericana de Derechos Humanos - Corte Suprema de Justicia de la República Argentina

(*) Doctor en Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Dir. del Curso Intensivo y de Doctorado de Control de Constitucionalidad y Convencionalidad de los Derechos, Universidad de Buenos Aires (UBA). Dir. para Latinoamérica del programa de posdoctorado en Derecho de la Universidad de Bolonia (Alma Mater), Italia. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional (AADPC).

The contra-limits theory and the argentine law. Where are we going?

Abstract: *this paper analyzes the relationship between the theory of contra-limits originated in Italian law and the constitutional identity of countries, in the jurisprudence of the Italian Constitutional Court and the Supreme Court of the Argentine Republic. The author classifies the theory of contra-limitations into internal and external. The internal ones are linked to express and intrinsic limits to the reforming power; the external ones with limitations to the internal application of the decisions of the international tribunals. Both limitations are identified and analyzed in the recent jurisprudence of the Argentina Supreme Court, asking about the future and the extension of this theory.*

Keywords: *internal and external contra-limitations - constitutional identity - Italian Constitutional Court - Inter-American Court of Human Rights - Supreme Court of Justice of the Argentine Republic*

I. Formulación inicial de la teoría de los contra-límites

Según la opinión de Giuseppe Ferrari (1) y de Simona Polimeni, la teoría italiana de los contra-límites encontró una de sus primeras acepciones en 1973 en Italia, cuando Paolo Barile utilizó la expresión de “*contra-limitaciones*” para referirse a los instrumentos con los cuales el orden constitucional italiano habría protegido sus *principios fundamentales* ante la apertura del ordenamiento jurídico italiano al renovado sistema de relaciones entre los Estados después de la Segunda Guerra Mundial.

Los *contra-límites* operan en dos sentidos. Por un lado, como límites expresos o implícitos a las reformas constitucionales. En este sentido, los artículos 139 de la Constitución Italiana y 79, párrafo 3 de la Constitución Alemana son un ejemplo.

Los *contra-límites* en Europa también han operado sobre las decisiones de órganos internacionales, es decir, sobre las decisiones que surgen del ordenamiento legal de la Unión Europea.

En Italia, el caso *Frontini*, relacionado con la potestad reglamentaria de la Comunidad Económica Europea y donde se reconoció la primacía del derecho comunitario, fue un punto de inicio. En esta decisión se afirmó que debía excluirse

(1) Ponencia presentada por Giuseppe Ferrari de la Universidad Bocconi de Milán en el marco de la Comisión 2 “El derecho Constitucional frente al derecho internacional” del Congreso Iberoamericana de Derecho Constitucional, realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, del 21 al 23 de mayo de 2019, con quien compartimos la mesa de autoridades de la subcomisión sobre Contra-límites.

que las limitaciones a la soberanía que se derivan del Tratado de Roma de 1957 “todavía podrían conllevar a los órganos de la CEE un poder inadmisibles para violar los principios fundamentales de nuestro orden constitucional, o los derechos inalienables de la persona humana”. Este razonamiento terminó especificando que en caso de verificarse una hipótesis de este tipo *siempre estará garantizada la revisión judicial de esta Corte sobre la compatibilidad en el tiempo del Tratado con los principios fundamentales antes mencionados*.

Una década más tarde, en el caso *Granital*, los jueces constitucionales reiteraron que “la ley de ejecución del Tratado puede estar sujeta a su control, con referencia a los principios fundamentales de nuestro orden constitucional y los derechos inalienables de persona humana”. En 1989 en el caso *Fragd* la Corte volvió sobre la cuestión reiterando su competencia para verificar a través del control constitucional, “si alguna norma del Tratado, como está interpretada y aplicada por las instituciones y por los órganos de la comunidad, no es en contraste con los principios fundamentales de nuestro orden constitucional o no pone en riesgo los derechos inalienables de la persona humana”.

Pero en los casos citados, la Corte Constitucional italiana esbozó la teoría sin aplicarla. Dejó sentada su potestad *obiter dictum*. Hasta que en la sentencia N° 238/2014 pasó de la advertencia a la acción.

El caso trató de un episodio que involucró a algunos ciudadanos italianos, quienes reclamaron una compensación por los daños sufridos durante la Segunda Guerra Mundial como deportados y obligados a trabajos forzados por el Tercer Reich y el Estado alemán en calidad de continuador formal del primero.

En 2012 la sentencia de la Corte Internacional de Justicia “*Jurisdictional Immunities of the State Germany v Italy: Greece Intervening*”, relativa a este caso, había considerado que el principio de inmunidad de la jurisdicción civil de los Estados era aplicable a sus propios actos, privando así al juez italiano de la facultad de decidir la controversia.

Recordando, una vez más, que los principios fundamentales del orden constitucional y los derechos inalienables de la persona actuaban como un límite a la entrada de las normas de otros sistemas, ya que representan “los elementos identificables e inalienables del orden constitucional”, los jueces constitucionales Italianos declararon la ilegitimidad constitucional del artículo 3 de la l. n. 5/2013 (adhesión de la República a la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados de 2004) y del artículo 1 de la l. n. 848/1957 (Ejecución del Estatuto de la ONU de 1945) con referencia al artículo 94 de la Carta de las Naciones Unidas “en la parte en la que obliga al juez italiano a cumplir con la decisión de la Corte Internacional de Justicia (CIG) de 3 de febrero de 2012,

denegando su jurisdicción con respecto a los actos de un Estado extranjero que consisten en delitos de guerra y contra la humanidad, dañando los derechos inviolables de la persona”.

Finalmente, el caso *Taricco* constituyó una nueva aplicación concreta de la teoría. El problema nació cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ordenó al juez italiano (ante una consulta) no aplicar los artículos 160 y 161 del Código de Procedimiento Penal italiano relativos a la prescripción de la acción penal por considerarlos contrarios a la legislación de la Unión Europea (2).

El acatamiento de la decisión del Tribunal internacional conducía al juez italiano a apartar las reglas de su derecho interno sobre la interrupción del plazo de prescripción. El efecto inmediato de esta decisión se proyectaba en la extensión de los plazos de prescripción previstos en el momento de la comisión del hecho evaluado por el juez penal. Este efecto se enfrentaba con la naturaleza sustantiva, según el enfoque tradicional del derecho penal italiano, de las normas sobre prescripción, violentándose el principio constitucional de legalidad en materia penal consagrado en el artículo 25 de la Constitución Italiana.

La Corte Constitucional Italiana propuso inicialmente una cuestión preliminar de interpretación del derecho de la Unión Europea al Tribunal de Justicia. Posteriormente, obtenida la sentencia, rechazó la cuestión planteada inicialmente.

El auto de la Consulta pidió al Tribunal de Justicia que volviera a la interpretación del Tratado, con el fin de verificar si realmente se impone o no aplicar las reglas sobre la prescripción con referencia a los fraudes que afectan a los intereses financieros de la Unión.

A finales de 2017, la Gran Sala del Tribunal de Justicia reiteró, por un lado, la obligación del juez interno de no aplicar su propia legislación nacional, en el aspecto que dificulta la imposición de sanciones penales efectivas por los fraudes que afectan a la UE, pero, por otro, limitó esta no aplicación a la hipótesis en la que esto no “implique una violación del principio de legalidad de los delitos y las penas, debido a la falta de precisión de la ley aplicable o debido a la aplicación retroactiva de una legislación que impone condiciones de exigencia de responsabilidad penal más severas que las vigentes en el momento de la comisión de la infracción”.

(2) Los jueces del Tribunal de Justicia habían dispuesto la no aplicación de la normativa italiana en relación con la prescripción en razón que era considerada como causa de la ineficacia del sistema italiano en la lucha contra los fraudes del IVA en la Unión (un porcentaje de los ingresos del IVA de los diversos Estados constituye una fuente importante e indispensable de financiación de la UE).

El resultado final quedó definido en la sentencia de la Corte Constitucional Nº 115/2018, donde, por un lado, la Corte Constitucional reclamó el papel exclusivo como único órgano jurisdiccional competente para llevar a cabo el control exigido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; por otro, reconoció la primacía del derecho de la Unión Europea, pero a condición que se observen “los principios supremos del orden constitucional italiano y los derechos inalienables de la persona”. Si no fuera así “sería necesario declarar la ilegitimidad constitucional de la ley nacional que autorizó la ratificación e hizo que los Tratados fueran ejecutivos, por la única parte en la que permite realizar esa hipótesis normativa”.

Sostuvo que el principio de legalidad en el derecho penal italiano se identifica como un “principio supremo del ordenamiento, puesto en defensa de los derechos inviolables del individuo”, incluida la prohibición de la efectividad retroactiva de las leyes penales (como las relacionadas con la prescripción). Afirmó que, si hipotéticamente, por la aplicación del artículo 325 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) pudiese derivar una violación del principio anterior, sería un deber para la Corte Constitucional intervenir para que esto no suceda. De hecho, “el derecho de la Unión y las sentencias del Tribunal de Justicia que especifican su significado, a los efectos de una aplicación uniforme, no pueden interpretarse en el sentido de imponer al Estado miembro la renuncia a los principios supremos de su orden constitucional”.

II. Contra-límites e identidad constitucional

Ahora bien, sin olvidar que en el modelo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) la actuación del sistema internacional es subsidiaria, queremos centrar el foco de análisis en dos puntos: a) por un lado, en la aspiración jurisprudencial del SIDH de construir un derecho común para todos los países signatarios de la región: un “*ius commune*” interamericano; b) por otro, en la tarea cotidiana del juez nacional en el ejercicio del control de constitucionalidad y convencionalidad de la normativa interna sobre el cual se proyecta dicha aspiración jurisprudencial.

¿Es factible dicha aspiración? ¿Es factible total o parcialmente? ¿Tiene límites? En este último caso ¿Cuáles son? ¿Son equiparables en un todo las Constituciones Latinoamericanas? ¿Existen elementos que distinguen una Constitución de otra? ¿Los derechos deben tener igual protección en todos los países del SIDH? ¿Es legítimo pretender diferentes reconocimientos y grados de protección?

Si bien es cierto que existen rasgos clásicos del Constitucionalismo, que se caracteriza por procurar la limitación del poder público a través de la consagración de un texto escrito o consuetudinario supremo que divide el poder y constitucionaliza derechos como limitaciones, lo cierto es que los procesos de consagración

del constitucionalismo y la construcción de las constituciones en cada país responden a razones históricas, sociales, institucionales y hasta económicas propias, que depositan además una impronta o idiosincrasia particular en el ejercicio del poder constituyente originario y también en el derivado.

Si asumimos esta tesis, cada Constitución de un país soberano tendría su propia *identidad constitucional*. Por supuesto que delinear la *identidad constitucional* es un reto para la teoría constitucional moderna, ya que siempre encierra el riesgo de que sirva para justificar una nueva era de fuertes nacionalismos, por lo cual no debe confundirse la identidad constitucional que se enmarca dentro de la teoría constitucional con la identidad nacional que se encuadra en la ciencia política y en la sociología jurídica.

Por ejemplo, Heinz (2000) refiere que la identidad constitucional surge de una manera dialógica y representa una mezcla de aspiraciones políticas y compromisos que son expresión del pasado de una nación, así como la determinación de aquellos escollos que la sociedad busca trascender de dicho pasado.

Por su parte, Ackerman (2015) entiende que la identidad constitucional se halla en la dialéctica de los valores defendidos en el pacto fundacional y los valores que han ido abrigando los ciudadanos a través del tiempo. Se construye a través de un camino dialógico entre los valores del pasado con los principios del presente.

Por estas razones, la identidad constitucional está compuesta por los principios y los valores fundacionales, a los que se les otorga un contenido histórico y político que determinó la existencia misma de las Constituciones, y que se reconstruyen en el trayecto histórico y sociológico de un país.

Se entabla una dialéctica entre los principios fundantes y los presentes para poseer una identidad constitucional. No se pretende que la Constitución zanje las controversias sociales fundamentales, porque si bien representa valores fundantes también contiene acuerdos teóricos incompletos.

En este contexto podemos advertir que la noción de identidad constitucional tiene íntima relación con la teoría de los contra-límites. La identidad constitucional sería el fondo, la sustancia; y la teoría de los contra-límites la forma o la herramienta procesal y argumentativa para su reconocimiento y protección.

Como sentamos de inicio, los contra-límites han actuado principalmente con dos efectos limitantes de los sistemas jurídicos constitucionales, *uno interno y otro externo*.

Los límites internos han operado sobre las reformas constitucionales; los externos, sobre decisiones de los órganos internacionales frente a principios

constitutivos de la identidad constitucional de los países, o ante la presencia de tensiones competenciales en el marco de los sistemas jurídicos integrados. Los llamados diálogos inter-jurisdiccionales entre tribunales internos e internacionales pertenecientes a dichos sistemas jurídicos integrados han sido tanto la forma de evidencia como de pacificación de dichos conflictos jurídico políticos.

III. Los contra-límites internos en la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: el caso “Schiffrin”

La identidad de la Constitución como límite interno a sus reformas está directamente relacionada con la estabilidad jurídico política de los Estados y remite a la temática de los límites materiales e internacionales y al control de constitucionalidad y convencionalidad de las reformas constitucionales. Se parte de sostener la existencia de un núcleo intangible, tema que ha sido muy estudiado por el constitucionalismo alemán e italiano, y otros países como Colombia o la India.

La identidad constitucional como límite al poder de reforma implica la aceptación de una constitución material y la inexistencia de poderes absolutos en un modelo de Estado Constitucional. Es, parcialmente, el viejo debate sobre las cláusulas pétreas.

Podemos clasificar los límites al poder constituyente reformador en temporales, formales, y materiales, y dentro de los materiales dividirlos en expresos, implícitos e internacionales. Los límites temporales se refieren al tiempo en que debe efectuarse la reforma. Así como existen constituciones que prevén la revisión periódica de sus normas, otras prohíben su revisión durante determinado lapso, tal el caso de nuestra constitución originaria de 1853, que impedía su reforma hasta después de diez años de jurada por los pueblos. La reforma de 1860, justificada en la integración de la Nación, dio por tierra con esta limitación temporal.

Los límites formales son los relativos al procedimiento, o a la competencia del órgano reformador en las constituciones denominadas rígidas.

En estos casos, los límites están expuestos en el propio texto constitucional, como por ejemplo el procedimiento del artículo 30 de la Constitución Federal Argentina que establece un órgano especial para el ejercicio de la competencia constituyente (Convención Constituyente) y una mayoría calificada para la declaración de la necesidad de la reforma (2/3 partes de los miembros del Congreso).

Los límites materiales o de fondo son los que despiertan mayores debates. Algunas Constituciones establecen límites expresos a la reforma constitucional como los artículos 79 de la Constitución Alemana respecto de la forma de gobierno federal, democrático y social, y los principios de participación de los estados

en la legislación, el de soberanía popular, dignidad humana, resistencia y los derechos fundamentales; o el artículo 139 de la Constitución Italiana respecto de la forma republicana de gobierno, ambos citados al inicio del trabajo.

Un sector importante de la doctrina admite la existencia de límites implícitos a la reforma, es decir, la existencia de normas y principios dentro de una Constitución que, perteneciendo a su identidad constitucional, son irreformables tanto para el legislador ordinario como para el constituyente.

El problema, desde el punto de vista jurídico, es determinar cuáles son los límites y quién los determina originalmente, ¿El propio poder constituyente como en el caso de Alemania e Italia?; ¿El órgano que tiene la última palabra constitucional?; ¿Cómo ha sucedido en Colombia?

Que los tratados internacionales puedan establecer límites al poder constituyente no plantea, en definitiva, especiales dificultades. Se trata de obligaciones voluntariamente aceptadas por los Estados.

Esto es particularmente intenso y frecuente en materia de derechos humanos. El conocido caso y sentencia de la Corte IDH, *La última tentación de Cristo*, luego del cual Chile reformó su constitución es un buen ejemplo.

La doctrina y jurisprudencia argentina ha aceptado los límites formales, más allá de los debates en torno a su interpretación (3) y, seguramente, aceptaría los materiales expresos si existieran normativamente. Pero nuestra constitución no los contiene, ya que el artículo 30 CN afirma que la constitución puede ser reformada en todo o en parte.

Esta situación centra el debate en los límites materiales implícitos e internacionales, considerando la jerarquía constitucional de los Tratados de Derechos Humanos luego de la reforma de 1994 (4) y la consideración de la Carta Democrática Interamericana dentro del *corpus iuris* interamericano (5).

Ahora bien, ¿nos ha dejado algún parámetro la última jurisprudencia de la CSJN sobre el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales? Me refiero lógicamente al caso *Schiffirin*.

(3) Nos referimos a la interpretación sobre la mayoría calificada de dos terceras partes prevista en el artículo 30 Constitución Nacional (CN).

(4) Constitución Nacional, artículo 75 inciso 22.

(5) Aprobada el 11 de septiembre de 2001 en sesión especial de la Asamblea de la OEA en Lima, Perú.

El caso *Schiffrin*, al igual que el caso *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto*, que revisaremos en el punto siguiente, constituyen importantes cambios de posicionamiento en dos temáticas de mayor trascendencia institucional. En ambos casos podemos vislumbrar, con mayor o menor intensidad, la presencia de la teoría de los contra-límites. Los contra-límites internos en el primero, los externos en el segundo.

Recordemos que el ex juez Schiffrin dedujo demanda contra el Estado Nacional a los efectos de obtener la nulidad e inaplicabilidad del tercer párrafo introducido por la Convención Reformadora de 1994 en el artículo 99 inciso 4º de la Constitución que establece la necesidad respecto de los jueces federales de un nuevo nombramiento —precedido de igual acuerdo— para mantenerse en el cargo una vez cumplidos los setenta y cinco años de edad. Cláusula con vigencia a partir de los cinco años de sancionada la reforma (cláusula transitoria undécima de la reforma).

A dicho fines, argumentó que la ley 24.309, declarativa de la reforma, no había autorizado la modificación de la garantía de inamovilidad de los jueces establecida en el artículo 110 CN, alterando así la independencia judicial, y desbordando los límites que el artículo 30 CN fija a la Convención Constituyente, la cual se encuentra acotada por los temas establecidos por el Congreso Nacional, que, en el caso, no había sido habilitado.

Tanto el tribunal de Primera Instancia como la Cámara de Apelaciones le dieron razón siguiendo el precedente *Fayt*, señalando, asimismo, —la Cámara de Apelaciones— que los jueces designados al amparo del régimen anterior a la reforma no podían ser alcanzados por la norma impugnada pues ello implicaría afectar *derechos adquiridos*.

Llegado el tema a la Corte Suprema por concesión del REF interpuesto por el Poder Ejecutivo, el mismo se declaró procedente revocándose la misma y rechazándose las pretensiones del juez Schiffrin, al considerarse que debía modificarse el precedente *Fayt*.

Recordemos que en *Fayt* la Corte había declarado la *nulidad absoluta* de la reforma introducida por la convención de 1994 en el artículo 99 inciso 4º párrafo tercero y en la disposición transitoria undécima por contravenir el artículo 110 de la Constitución Nacional (6).

(6) El fallo fue suscripto por los Ministros Nazareno, Moliné O'Connor; Belluscio, López, Vázquez, y Bossert, estos dos últimos según su propio voto y con disidencia parcial respectivamente.

La doctrina fijada en el caso *Fayt* había significado, por primera vez en la historia de la jurisprudencia de la Corte, la realización de un juicio de constitucionalidad en plenitud sobre disposiciones normativas creadas por una Convención Nacional Constituyente que reformó la Carta Magna. La sentencia de la Corte en el caso *Fayt* constituyó una verdadera declaración de política judicial, no solo porque efectuó control jurisdiccional sobre el procedimiento de la reforma constitucional, sino porque al efectuar el examen y alcance de la inamovilidad de los jueces sesgó el control hacia los aspectos sustantivos de la reforma, aunque el tribunal lo negara expresamente en el considerando 16° (7).

Fiel reflejo del intensivo control que significó el caso *Fayt* lo constituyó la parte resolutoria de la sentencia al disponer la *nulidad absoluta* de la disposición normativa, cuando el modelo de control de constitucionalidad argentino extiende por naturaleza los efectos de la sentencia al caso concreto. Sin embargo en *Fayt* las intenciones del Tribunal fue expulsar del sistema las reglas enjuiciadas (8).

Como era de esperar, ante un fallo tan discutido, el mismo se constituyó como centro de debate de la doctrina y como un precedente abierto, habiéndose constituido como un punto de referencia jurídico y político en torno a las facultades de control del Poder Judicial sobre el poder político de tal magnitud que impulsó a algunos tribunales de provincia a declarar inválidas capítulos completos de reformas constitucionales.

En *Schiffirin*, la Corte vuelve sobre sus pasos y en un fallo excesivamente extenso, producto en gran parte de la natural dispersión que produce edificar una sentencia de un tribunal colegiado con votos individuales, practica *overruling* respecto de la doctrina de *Fayt*.

La Corte sostiene en *Schiffirin* que la Convención Constituyente de 1994 no excedió los límites de la norma habilitante del artículo 30 CN al incorporar la cláusula cuestionada de los 75 años, ya que encuadraba dentro de la “habilitación dada en el art. 3° punto e) de la ley declarativa cuando dispuso actualizar las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo contenidas en la Constitución Nacional”.

(7) En los considerandos 6° y 8° se había preanunciado una expresa referencia sobre el control judicial al proceso de reforma y se referenció a que la característica de la Convención reformadora era la de contar con poderes limitados. En el considerando 16°, la Corte sostiene que la sentencia no comporta un pronunciamiento sobre aspectos de naturaleza sustancial que conciernen a la conveniencia o inconveniencia de la norma impugnada —juicio que no está en las atribuciones propias del Poder Judicial— sino en la comprobación de que aquella es fruto de un ejercicio indebido de la limitada competencia otorgada a la Convención reformadora.

(8) La disidencia parcial del juez Gustavo Bossert propuso la confirmación de lo resuelto por la Cámara de Apelaciones en cuanto hacía lugar a la acción declarativa para el caso concreto.

Sostiene también que la norma no vulnera derechos adquiridos de quienes habían sido designados como magistrados con anterioridad a la reforma, pues es consolidada y reiterada la doctrina del Tribunal de que nadie tiene derecho al mantenimiento de leyes o reglamentos ni a su inalterabilidad, lo que se ve ahondado cuando se trata de una reforma constitucional. Tampoco la norma altera, a criterio del Alto Tribunal, el principio de independencia judicial en tanto el límite de edad (75 años) modifica únicamente el carácter vitalicio del cargo, pero no la garantía de inamovilidad.

Por último, también establece como regla que, dentro de los límites de la competencia habilitada, la Convención Constituyente es libre para determinar si lleva a cabo la reforma y, en su caso, para definir el contenido de las disposiciones constitucionales que modificará.

Para el pensamiento actual de la Corte, el nivel de escrutinio del control judicial de la actuación de una Convención Constituyente debe adoptar la máxima deferencia hacia el órgano reformador, acorde al alto grado de legitimidad y representatividad que tiene la voluntad soberana del pueblo expresada a través de la Asamblea; y, en caso de duda, debe optarse por la plenitud de poderes de la Convención Constituyente.

Ahora bien, sentada la tesis en nuestro procedimiento de reforma constitucional bicéfalo (Congreso y Convención) que afirma que corresponde a la Convención la mayor extensión soberana ¿cuáles son las atribuciones y límites de la Convención Constituyente? ¿Existen límites implícitos para la jurisprudencia en revisión?

Se ha destacado siempre que la Convención Constituyente, una vez reunida, tiene poderes explícitos e implícitos. Los explícitos son los que le han sido conferidos por la ley de declaración de la reforma y consisten —esencialmente— en el estudio, tratamiento y decisión de los puntos sometidos a su voluntad reformadora. Los implícitos son los propios de todo órgano de poder, principalmente dictar su reglamento interno, elegir sus autoridades, establecer su sistema de votación, decidir sobre la validez de los títulos de sus miembros, etc.

En torno a las atribuciones explícitas de la Convención Constituyente, también se han edificado distintas discusiones académicas y políticas. Una antigua discusión, hoy superada tanto por la doctrina *Fayt* como *Schiffirin*, refería a si la Convención Constituyente estaba atada a los límites que le marcaba la ley declarativa de la reforma, o si por el contrario podía considerarse o declararse soberana y abocarse a temas no previstos en la ley de convocatoria. Sentada la tesis de la fortaleza soberana de la Convención en el marco flexible de los puntos habilitados ¿qué posición

nos trajo *Schiffrin* respecto de los límites materiales implícitos a la reforma? ¿Hay en el fallo alguna referencia a los contra-límites internos?

La mayoría se construye cuantitativamente con los votos individuales de los Ministros Lorenzetti, Maqueda y Rosatti. De los tres jueces, solo identificamos en el voto del Dr. Lorenzetti la afirmación contundente de la existencia de límites materiales implícitos a la reforma (contra-límites internos), al sostener la posibilidad del órgano de control de descalificar la actividad de la Convención Constituyente cuando “lo decidido por la Convención afectara, de un modo sustantivo y grave, el sistema republicano como base del estatuto del poder constitucional; o los derechos fundamentales inderogables que forman parte del contenido pético de la Constitución”.

Con extensas citas entre la relación existente entre moral y derecho, el Ministro afirma que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sostenido que los derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad y constituyen un límite, en tanto resultan inderogables, sea mediante una ley o incluso mediante una Convención Constituyente:

La Constitución Nacional no admite la validez de una voluntad popular expresada sin respetar los principios del Estado de Derecho ni permite que las mayorías puedan derogar los principios fundamentales sobre los que se basa la organización republicana del poder y la protección de los ciudadanos. El escrutinio judicial de los procedimientos resulta esencial para robustecer las prácticas democráticas. Estas normas constituyen un presupuesto para que la decisión mayoritaria sea válida (...).

Estas intensas afirmaciones, no exentas de controversia académica y política, parecen no ser compartidas por los otros jueces del Tribunal que hacen mayoría cuantitativa (al menos con esta intensidad).

La mayoría, consciente de la dispersión argumentativa producto de la edificación de la sentencia con votos individuales, unificó criterios denominándolos “reglas y conclusiones comunes” sobre el final de cada uno de los votos (9).

Adviértase que, para el Juez Lorenzetti, el respeto por un estándar amplio de control con especial deferencia hacia la convención constituyente (órgano de máxima soberanía popular) (regla c) de reglas y conclusiones) permitiría el control de constitucionalidad de las reformas en dos casos: ante una “grave, ostensible y concluyente discordancia sustancial que haga absolutamente incompatible la

(9) Considerando N° 27, voto del Dr. Lorenzetti; 47° voto del Maqueda; y 25° voto del Dr. Rosatti.

habilitación conferida y la actuación llevada a cabo por la Convención Constituyente”; o “cuando lo decidido por la Convención afectara, de un modo sustantivo y grave, el sistema republicano como base del estatuto del poder constitucional; o los derechos fundamentales inderogables que forman parte del contenido pético de la Constitución” (10).

En cambio, para el Dr. Maqueda,

(...) solo podrá invalidarse la actuación del poder constituyente en el marco de un proceso de reforma constitucional si se corrobora una clara, manifiesta violación de las facultades que le fueron atribuidas. Es decir que debe existir una inconcebible incompatibilidad entre la habilitación conferida y la actuación del constituyente que de manera indudable desconozca la voluntad que tuvo el Congreso al declarar la necesidad de la reforma (11).

A su vez para el Juez Rosatti, el control de constitucionalidad sobre el ejercicio del poder constituyente derivado “(...) oscila entre la imposibilidad y la excepcionalidad” (12), pudiéndose efectuar (en el marco y extensión de la doctrina de *Soria de Guerrero*) un control procedimental (13) y un control sustancial de razonabilidad y sistematicidad (14) (la apertura de ambos principios de interpretación constitucional desborda a nuestro criterio los conceptos de imposibilidad y excepcionalidad).

Como puede observarse, detrás de una misma regla o conclusión se encuentran argumentos diferentes que concederían una intensidad distinta al control y, por consiguiente, un universo de casos mayor o menor bajo la revisión de la Corte.

IV. Los contra-límites externos en la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: el caso “MREyC” y los diálogos inter-jurisdiccionales con la Corte IDH

Este fallo de la Corte, que despertó fuertes adhesiones y críticas en la doctrina, bien puede ser considerado uno de los primeros y más elocuentes diálogos entre la CSJN Argentina y la Corte IDH; y un caso pleno de “*identidad constitucional*” y “*contra-límites externos*”.

(10) Considerando N° 16, voto del Dr. Lorenzetti.

(11) Considerando N° 26, voto del Dr. Maqueda.

(12) Considerando N° 8, voto del Dr. Rosatti.

(13) Considerando N° 10, voto del Dr. Rosatti.

(14) Considerando N° 11, voto del Dr. Rosatti.

El 14 de febrero de 2017 la CSJN falló en los autos *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ Informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D'Amico v. Argentina por la Corte IDH*, desestimando la presentación de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto por la cual se solicitaba que, como consecuencia del fallo de la Corte IDH dictado en la causa *Fontevecchia*, se dejara sin efecto una sentencia firme de la CSJN.

La posición mayoritaria fue conformada por el voto conjunto de los jueces Lorenzetti, Highton y Rosenkrantz, y el voto concurrente del juez Rosatti, habiendo disentido el juez Maqueda.

El voto conjunto de la mayoría consideró que no correspondía hacer lugar a lo solicitado en tanto ello supondría transformar a la Corte IDH en una “cuarta instancia” revisora de los fallos dictados por los tribunales nacionales, en contraposición con la estructura del sistema interamericano de derechos humanos; de los principios de derecho público de la Constitución Nacional Argentina (artículo 27 CN) y de su propia y reiterada jurisprudencia.

En este sentido, entendió que el texto de la Convención no atribuye facultades a la Corte IDH para ordenar la revocación de sentencias nacionales (artículo 63.1, Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH). Asimismo, consideró que revocar su propia sentencia firme, lo que según la CSJN surgía de lo dispuesto por la sentencia de la Corte IDH, al evaluar que eso parecía pretender el Tribunal Internacional al utilizar la frase “dejar sin efecto”, implicaba privarla de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial Argentino y sustituirla por un tribunal internacional, en violación a los artículos 27 y 108 de la Constitución Nacional.

A criterio del Alto Tribunal Nacional, los principios de derecho público a los que refiere el artículo 27 CN constituyen una esfera de reserva soberana, que habilita un *escrutinio* del derecho internacional.

El juez Rosatti en su fundamentos identificó la llamada esfera de reserva soberana (los principios del derecho público a los que alude el artículo 27 CN) a la que alude el voto mayoritario, con un *margen de apreciación nacional* de la Corte Suprema en la aplicación de las decisiones internacionales (con base en los artículos 75 inc. 22 y 27 de la Constitución Nacional). Asimismo, referenció al “diálogo jurisprudencial” para maximizar la vigencia de los derechos en juego sin afectar la institucionalidad, afirmando que la Corte IDH es la máxima intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia de la Nación es la máxima intérprete de la Constitución Nacional, por lo que hay que lograr que sus criterios —en cada caso concreto— se complementen y no colisionen.

En la disidencia, el juez Maqueda mantuvo la postura fijada en sus votos en los casos “*Cantos*” (2003), “*Espósito*” (2004), “*Derecho*” (2011), “*Carranza Latrubesse*” (2013) y “*Mohamed*” (2015), según la cual —a partir de la reforma constitucional de 1994— las sentencias de la Corte IDH dictadas en causas en que la Argentina es parte deben ser cumplidas y ejecutadas por el Estado y, en consecuencia, son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resolviendo dejar sin efecto la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 2001 que había condenado a los periodistas Jorge Fontevicchia y Héctor D’Amico por publicaciones realizadas en la prensa, dado que la Corte IDH había resuelto en 2011 que esa sentencia constituía una violación al derecho a la libertad de expresión reconocido en el Pacto de San José de Costa Rica (artículo 13).

La reciente doctrina del Alto Tribunal Argentino podría resumirse de la siguiente forma.

IV.1. Voto de la mayoría

- 1) Las sentencias dictadas contra el Estado Argentino por la CIDH son, *en principio*, obligatorias, *siempre y cuando estén dictadas dentro del marco de sus potestades*.
- 2) El sistema interamericano es subsidiario. La Corte IDH no es una *cuarta instancia*, por lo cual no puede *revisar las decisiones de los tribunales internos*.
- 3) Ordenar *dejar sin efecto* una sentencia de la CSJN pasada en autoridad de cosa juzgada *implica recurrir a un mecanismo restitutivo no previsto en la CADH* conforme lo establecido en el artículo 63.1 CADH.
- 4) *Dejar sin efecto* la sentencia de la CSJN sería un supuesto de *restitución jurídicamente imposible* a la luz de los *principios del derecho público argentino* (artículo 27 CN) que constituyen una *esfera de reserva soberana*. Esta cláusula habilita un *escrutinio* del derecho internacional.
- 5) Entre dichos principios se encuentra el *carácter supremo y cabeza del Poder Judicial de la CSJN*. Revocar su sentencia firme implicaría privarla de ese carácter y desplazarlo al tribunal internacional.
- 6) Esta interpretación del artículo 27 ha sido ratificada por la reforma de 1994 al disponer que los TDH poseen *jerarquía constitucional* y no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución.

IV.2. Voto concurrente del juez Rosatti

- 1) El constituyente consagró en el artículo 27 CN una esfera de reserva soberana (*margen de apreciación nacional*) a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse. Esta cláusula habilita un *escrutinio* del derecho internacional.
- 2) En un contexto de *diálogo jurisprudencial* entre los órganos con competencia nacional e internacional (*CIDH último intérprete de la CADH* y *CSJN último intérprete de la CN*) la reparación ordenada por la sentencia internacional encuentra adecuada satisfacción mediante la concreción de las medidas ejecutadas, no siendo posible la revocación formal del decisorio nacional (si ello es lo que se pretende).

IV.3. Voto disidente del juez Maqueda

1) El deber de cumplir la decisión de la Corte IDH responde a un principio básico del derecho internacional: los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y conforme la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969) no pueden, por razones de orden interno, dejar de cumplir las obligaciones ya asumidas, so pena de verse comprometida su responsabilidad.

La síntesis de la sentencia deja expuesta con claridad (a nuestro modo de ver) la presencia en la argumentación del Tribunal de institutos y principios que podríamos encuadrar dentro del concepto de “identidad constitucional”:

- a) los principios de derecho público que refiere el artículo 27 CN que constituyen —al decir de la Corte— una “esfera de reserva soberana” frente al derecho internacional, autorizando un escrutinio del mismo y de las decisiones de los órganos internacionales tomadas en su consecuencia;
- b) La Corte *Suprema* de Justicia como cabeza del Poder Judicial Argentino (artículo 108 CN) y su relación (agregamos nosotros) con el principio de división de poderes en el sistema Constitucional argentino, que impide el desplazamiento de sus decisiones internas a un Tribunal Internacional en un sistema internacional de derechos humanos subsidiario.

Definidos elementos de la “identidad constitucional” (sin decirlo expresamente) la sentencia de la CSJN activó —según nuestra mirada— contra-límites externos a la pretensión de la Corte IDH (si esa hubiera sido) de revocar la sentencia firme de la CSJN en el marco del caso de autos, por los argumentos sintetizados precedentemente.

Posteriormente a este importante fallo de la CSJN, la Corte IDH, en fecha 18/10/2017, dictó su tercera resolución de supervisión de cumplimiento de la causa “Fontevicchia” (primera posterior a la sentencia de la CSJN), muy esperada por la doctrina nacional, expectante sobre la respuesta que el Tribunal Internacional daría a los nuevos rumbos marcados por el Alto Tribunal Nacional.

Dijo la Corte IDH en la sentencia de supervisión en lo que refiere al tema específico de análisis:

- 1) El tribunal dispuso que el Estado debe dejar sin efecto dichas sentencias en todos sus extremos, incluyendo, en su caso, los alcances que estas tengan respecto de terceros; a saber: a) la atribución de responsabilidad civil de los señores Jorge F. y Héctor D.; b) la condena al pago de una indemnización, de intereses y costas y de la tasa de justicia y c) así como cualquier otro efecto que tengan o hayan tenido aquellas decisiones. A efectos de cumplir la presente reparación el Estado debe adoptar todas las medidas judiciales, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias.
- 2) Para dar cumplimiento a esa reparación (“dejar sin efectos”) los Estados han adoptado diferentes tipos de medidas o acciones y lo han comunicado a la Corte, la cual realiza una valoración en cada caso concreto.
- 3) En el presente caso, al tratarse de una sentencia civil que no queda constando en registros de antecedentes de delincuentes, el Estado podría adoptar algún otro tipo de acto jurídico, diferente a la revisión de la sentencia, para dar cumplimiento a la medida de reparación ordenada, como por ejemplo la eliminación de su publicación en las páginas web de la Corte Suprema de Justicia, o que se mantenga su publicación pero se le realice algún tipo de anotación indicando que esa sentencia fue declarada violatoria de la CADH por la Corte IDH.

Esta puerta “dialogal” que el Máximo Tribunal del Sistema Interamericano abrió a la jurisdicción nacional fue rápidamente aceptada por la CSJN, que en fecha 05/12/2017 dictó una resolución disponiendo “ordenar que se asiente junto a la decisión registrada en Fallos 324:2895 la siguiente leyenda: Esta sentencia fue declarada incompatible con la CADH por la Corte IDH” (sentencia del 29 de noviembre de 2011).

Un nuevo capítulo en este diálogo entre tribunales internos e internacionales se abrió en estos días, cuando la Corte IDH en fecha 11 de marzo de 2020 dictó una nueva resolución en el marco del proceso de supervisión de la sentencia *Fontevicchia*.

En el considerando 10 de la resolución afirmó:

(...) En ese sentido, esta Corte considera, a la luz de lo resuelto en la Resolución de octubre de 2017 (*supra* considerando 6.a) y de la información brindada por el Estado y las correspondientes observaciones de los representantes y la Comisión (*supra* considerando 8), que la anotación hecha en la sentencia civil condenatoria de 25 de septiembre de 2001 **es suficiente para declarar el cumplimiento del componente de la reparación relativo a dejar sin efecto** la atribución de responsabilidad civil a los señores Fontevecchia y D'Amico (el destacado es propio).

Por consiguiente, en la parte dispositiva afirmó "(...) 1. Declarar, de conformidad con lo señalado en los Considerandos 10, 11 y 15 de la presente Resolución, que el Estado ha dado cumplimiento parcial a la medida de reparación ordenada en el punto dispositivo segundo de la Sentencia, relativa a dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico (...) así como todas sus consecuencias". Ello debido a que Argentina cumplió con el componente de la reparación relativo a dejar sin efecto la atribución de responsabilidad civil de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, quedando pendiente que el Estado cumpla con reintegrar las sumas pagadas por las víctimas como consecuencia de la condena civil, en los términos de los párrafos 105 y 131 a 136 de la sentencia.

De esta forma, a través del fructífero diálogo entre los altos tribunales, quedó zanjada una cuestión que, en su momento, generó enormes críticas de un sector de la doctrina nacional, llegándose incluso a afirmar que la sentencia de la CSJN *in re* "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto" (en adelante MREyC) implicaba situar al país en responsabilidad internacional.

Cabe preguntarnos si la forma en que fue resuelta la tensión entre ambos Tribunales constituye desde la Corte IDH una apertura hacia la doctrina del margen de apreciación nacional (MAN) en reconocimiento de las identidades constitucionales nacionales, por medio del diálogo entre tribunales internacionales e internos. Seguramente este interrogante, encontrará respuesta en futuros diálogos de la Corte IDH con las Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales de Latinoamérica.

V. ¿A dónde vamos? (15)

El poder constituyente reformador puede encontrar sustento teórico para producir enormes cambios en una sociedad, y hasta lograr el consenso comunitario.

(15) El interrogante rememora el cuadro de Paul Gauguin de diciembre de 1897 titulado ¿De dónde venimos? ¿Quiénes somos? ¿Adónde vamos? pintado durante su segunda estancia en Tahití, que se conserva en el Museo de Bellas Artes de Boston.

Cambios en su sistema de gobierno y en la forma de distribuir los derechos en el marco social.

Pero desde la perspectiva del modelo democrático constitucional resultan ineludibles ciertos límites al poder de reforma constitucional, contra-limitaciones internas a esta facultad y al órgano encargado de ejercerla. Estos límites pueden provenir del propio constituyente derivado, como el caso de Alemania e Italia, que han perfilado una identidad constitucional en forma expresa. Esto claramente no elimina la actuación de las Cortes en la interpretación de la temática, pero limita su actuación. En el caso argentino, ante la inexistencia de límites expuestos, la interpretación se dificulta, pero los derechos fundamentales; la forma de gobierno democrática, republicana y federal, y el principio de soberanía popular, parecen constituir un núcleo duro de principios de derecho público, donde se asienta la identidad constitucional en consideración a nuestra historia jurídica y política.

En lo que hace a los contra-límites externos, Italia no ha sido el único país en Europa en aplicar restricciones al ingreso de normas externas. Alemania, a través de la llamada doctrina *Solange*, ha utilizado también el instrumento de los contra-límites.

En Latinoamérica “MREyC” constituye un fallo rico para el debate y los interrogantes, ya que un tema que sin duda sigue abierto es el relativo al catálogo de los contra-límites.

La jurisprudencia italiana se ha ocupado principalmente de cuestiones relacionadas con la aplicación de las garantías del proceso penal. La Corte Argentina en MREyC recaló en el amplio marco de los principios de derecho público de la Constitución Nacional para rescatar su supremacía interna.

Se advierte, entonces, que existe un espacio de considerable y riesgosa discreción para los tribunales en la medida de la amplitud de los contra-límites, sobre lo cual son fundamentadas las reservas y preocupaciones en un momento histórico mundial que se debate entre las retracciones y el afianzamiento de las identidades constitucionales; y la intensidad de los órganos internacionales en la primacía por la regulación de los derechos.

VI. Bibliografía

Ackerman, B. (2015). *We the people, V.1, Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*. Madrid: Traficantes de Sueños.

Amaya, J. A. (2008). Democracia vs. Constitución. Cuando los jueces vienen marchando. *Revista jurídica La Ley*. Buenos Aires.

Amaya, J. A. (2015). El diálogo inter-jurisdiccional. En L. Mezzetti y L. Arcaro Conci (coords.), *Diálogo entre Cortes*. Brasilia: AB Nacional.

Amaya, J. A. (2016). Diálogos entre tribunales internacionales y tribunales internos. Tensiones e interrogantes en materia de derechos políticos que surgen de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En C. Pizzolo y L. Mezzetti (coords.), *Diálogos desde la Diversidad. Tribunales supranacionales y tribunales nacionales - América* (pp. 17/46). Buenos Aires: Astrea.

Amaya, J. A. (2017). *Overruling* en la Corte o los dilemas del control judicial de una reforma constitucional. *Revista Jurídica La Ley*, suplemento especial, jueves 6 de abril de 2017.

Amaya, J. A. (2019). El debate sobre la última palabra. Un complejo equilibrio entre identidades constitucionales y diplomacia judicial. *Diario La ley*, 28 de marzo.

Barile, P. (1973). Il cammino comunitario della Corte. *Giur. cost.*, (pp. 2416 y ss.).

Colombo Murua, I. (2011). *Límites a las reformas constitucionales (teoría de las cláusulas pétreas)*. Buenos Aires: Astrea.

Heinz, D. (2000). *Identidad Nacional y globalización, la tercera vía*. México: Nuestro tiempo.

Polimeni, S. (2018). *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*. Nápoles: Editoriale Scientifica.

Jurisprudencia

Corte Constitucional Italiana, sentencia N° 232/1989 caso Fragd, 21 de abril 1989. En *Giur. cost.*, 1989 (pp. 1001 y ss.), anotada por L. Daniele, Costituzione italiana ed efficacia nel tempo delle sentenze della Corte di giustizia comunitaria, en *Il Foro Italiano*, 1990 (pp. 1855 y ss.).

Corte Constitucional Italiana, sentencia N° 238/2014 del 22 de octubre 2014. Recuperado de *giurcost.org*

Corte Constitucional Italiana, sentencia N° 170/1984 caso Granital, del 8 de junio 1984. En *Giur. cost.*, 1984 (pp. 1098 y ss.).

Corte Constitucional Italiana, sentencia N° 115/2018 del 31 de mayo 2018. En *Giur. cost.*, 2018 (pp. 1296 y ss.).

Corte Constitucional Italiana, sentencia N° 183/1937 caso Frontini del 27 diciembre 1973. En *Giur. cost.*, 1973 (pp. 2401 y ss.).

Corte Internacional de Justicia, caso *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy: Greece Intervening)*, 3 de febrero de 2012.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de la Unión Europea, C105/14 caso Taricco del 8 de septiembre 2015.

Corte IDH, sentencia C-7 caso Olmedo Bustos y otros *vs.* Chile (La Última Tentación de Cristo), 5 de febrero de 2001.

CSJN, Schiffrin, Leopoldo Héctor c/Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa, sentencia del 29/03/2017.

CSJN, Fayt Carlos Santiago s/acción declarativa de inconstitucionalidad, Fallos 322:1616 (1999).

CSJN, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico *vs.* Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CSJ 368/1998 (34-M)/CS1, 14 de febrero de 2017.

Fecha de recepción: 26-03-2020

Fecha de aceptación: 17-05-2020

Los arreglos institucionales pendientes y las relaciones intergubernamentales en el federalismo fiscal argentino(*)

POR **MARCELO BERNAL**(**) Y **VALERIA BIZARRO**(***)

Sumario: I. Introducción.- II. Federalismo fiscal y relaciones intergubernamentales.- III. El acuerdo fiscal federal y la distribución de competencias tributarias Nación-provincias en la reforma constitucional de 1994.- IV. Las relaciones fiscales provincia-municipios en el federalismo subnacional argentino.- V. Consideraciones finales.- VI. Bibliografía.

Resumen: el objetivo del presente trabajo es analizar las principales características del federalismo fiscal argentino a partir de la reforma constitucional de 1994. Para ello, analizaremos las bases del diseño federal emergente, el reparto de competencias tributarias y el estado de situación del vínculo Nación-provincias, ponderando la ausencia de un acuerdo fiscal federal en los términos establecidos

(*) Las consideraciones aquí vertidas provienen del trabajo y de la producción de dos equipos de investigación que trabajan temas de federalismo, gobierno multinivel y relaciones intergubernamentales (RIG) en la Universidad Nacional de Córdoba y la Universidad Siglo XXI.

(**) Abogado, Universidad Nacional de Córdoba. Magister en Relaciones Internacionales, Centro de estudios avanzados, Universidad Nacional de Córdoba. Magister en Gestión Pública Local, Universidad Carlos III, Madrid. Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Cuyo. Prof. Facultad de Derecho y Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Córdoba y Universidad Siglo XXI.

(***) Abogada, Universidad Nacional de Córdoba. Doctoranda en Administración y Políticas Públicas, Instituto de Investigación y Formación en Administración Pública, Universidad Nacional de Cuyo (IIFAP-UNC). Becaria doctoral del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONICET) con Lugar de Trabajo en el Centro de Investigaciones Jurídicas Sociales de la Facultad de Derecho - UNC, CONICET.

por la Constitución Nacional. Posteriormente analizaremos las relaciones y vínculos intergubernamentales entre las provincias y sus municipios, tomando como dimensiones analíticas: tipo y nivel de reconocimiento de la autonomía municipal en las Constituciones Provinciales; características de los mecanismos de coordinación fiscal en las Constituciones Provinciales, las leyes orgánicas municipales y las leyes de coparticipación en cada provincia; el porcentaje de recursos coparticipables, como indicador del grado de autonomía con que cuentan los municipios; y las características y la relevancia de las oficinas técnicas del gobierno provincial destinadas a coordinar políticas con los gobiernos locales.

Palabras claves: federalismo - relaciones intergubernamentales - coordinación intergubernamental

The outstanding institutional arrangements and intergovernmental relations in argentine fiscal federalism

Abstract: *in this paper, we are going to analyze the main characteristics of argentine fiscal federalism that has emerged after the constitutional reform in 1994. For that, we are going to examine the foundations of the emerging federal design, the new distribution of fiscal competences that has resulted from the last constitutional reform and the characteristics of Nation - provinces relation in Argentine, in the context of an absent fiscal federal agreement. Secondly, in order to analyze and describe the fiscal relations between the 23 argentine provinces with their local governments, we are going to use some significant dimensions: Type and level of municipal autonomy recognition in the Provincial Constitutions; characteristics of fiscal coordination mechanisms in provincial constitutions, municipal organic laws and co-participation laws in each province; Fiscal co-participation proportions, as an autonomy degree indicator that the local governments have; and, Characteristics and relevance of provinces technical offices that are used to coordinate actions with local governments.*

Keywords: *federalism - intergovernmental relations - intergovernmental coordination*

I. Introducción

La principal característica de nuestro federalismo es la asimetría entre sus componentes. En un territorio extenso y disparmente poblado, los cinco gobiernos centrales de la denominada “Pampa húmeda” (Buenos Aires, CABA, Córdoba, Santa Fe y Entre Ríos) concentran alrededor del sesenta y cinco por ciento de la población y similar porcentaje del PBI. Las dieciocho provincias menos pobladas del país —de manera agregada— apenas equiparan en población a la provincia

de Buenos Aires, la mayor de todas (1). Tales asimetrías demográficas se reproducen en similar medida en términos de desarrollo industrial, infraestructura vial y energética, oportunidades de empleo, acceso a bienes culturales y otros indicadores vinculados con el desarrollo socioeconómico, tales como salud o educación (Bernal, 2018, p. 274).

Con la reforma constitucional de 1994, que constituye uno de los hitos más trascendentes de la historia reciente del país, se buscó a partir de los diferentes preceptos normativos una acentuación de la descentralización del poder (Hernández, 2009, p. 41). Asimismo, una necesaria modernización del sistema de derechos y garantías y del modelo de división y equilibrio de poderes.

Así, el texto constitucional logra significativos avances en materias tales como:

- a) la jerarquización del derecho internacional, y en particular, aquel derivado de los principales acuerdos en materia de derechos humanos aprobados por el Congreso Nacional; b) una fuerte ampliación de los derechos y garantías; c) la revisión del modelo de división y equilibrio de poderes preexistentes y la creación de numerosos organismos de control y seguimiento cruzado de la actividad de los poderes estatales; d) un intento de limitación del presidencialismo; e) un capítulo federal que reconoce nuevos niveles autónomos de gobierno, reparando históricos desajustes en la materia; y f) una redistribución del esquema de competencias federales, específicamente en materia fiscal (Bernal, 2018, p. 278).

Además, a partir de la reforma, podemos decir que coexisten cuatro órdenes o niveles de gobierno: 1) el gobierno federal, al que la ley suprema destina el título primero, “Gobierno Federal”, artículos 44 a 120 de la segunda parte; 2) los gobiernos de provincia, regulados en el título segundo, “Gobiernos de provincia”, artículos 121 a 128 de la segunda parte; 3) el gobierno autónomo de la Ciudad de Buenos Aires, artículo 129, en el título segundo de la segunda parte, que tiene naturaleza de ciudad-estado, distinta de las provincias y municipios; y 4) los gobiernos municipales que cuentan con autonomía en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero, según lo dispuesto por los artículos 5 y 123 de la Constitución Nacional (CN).

Junto con los cuatro órdenes o niveles de gobierno reconocidos aparece en la CN un nuevo instituto que va en la misma línea de fortalecimiento del federalismo. Se trata de la posibilidad conferida a las provincias —en el artículo 124— de conformar regiones para impulsar el desarrollo económico y social, como así

(1) Datos del Censo de Población 2010. Fuente: INDEC.

también establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines. La regionalización representa una “posible construcción de proyectos colectivos que potencien las energías latentes en nuestras unidades territoriales, y las proyecten de manera comunitaria para que cobren un peso diferente en los debates nacionales, e incluso, para que trasnacionalicen su presencia económica y comercial” (Bernal, 2018, p. 280).

Específicamente, en materia de distribución de competencias la cláusula constitucional corresponde al texto originario de 1853 y se encuentra en el actual artículo 121 (cláusula residual). El artículo determina que “las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”. Dicha cláusula se complementa con los artículos 5(2) y 122(3) que determinan los alcances y límites de la autonomía de las provincias. Con respecto a la nueva distribución de competencias, se mantiene el sistema de distribución entre los poderes conservados por las provincias de manera ilimitada y los poderes delegados al gobierno federal de manera expresa o implícita, es decir, limitados. La tipología adoptada avanza decididamente hacia “la devolución de competencias” (Bidart Campos, 1996, p. 445), trayectoria seguida por la mayoría de los países con gobiernos federativos o en vías de descentralización.

Por lo anterior, el nuevo diseño federal implica una mayor complejidad de las dimensiones políticas e institucionales del Estado federal, que dan lugar a un gobierno multinivel moderno y complejo, que busca dar respuesta a desafíos actuales y futuros. La reforma constitucional sentó las bases para la configuración de un diseño federal de bases cooperativas, basado en principios como la coordinación, la solidaridad y el desarrollo homogéneo y equilibrado del territorio.

Frente a dicho panorama nos planteamos dos interrogantes: ¿qué ha sucedido, entonces, en veintiséis años para que el capítulo federal sea hoy una promesa incumplida? ¿Por qué existe una relación de tensión tan grande entre el texto de la norma y la realidad? Con respecto a tales cuestionamientos, existen dos aspectos cruciales que, consideramos, cristalizan el fracaso de la promesa de la reforma constitucional y condicionan el surgimiento de los nuevos arreglos institucionales.

(2) “Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones” (artículo 5 de la CN).

(3) “Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal” (artículo 122 de la CN).

El primero y más relevante es la ausencia de un pacto fiscal federal aprobado en los términos propuestos por la CN, que desnuda las precarias bases del nuevo diseño federal a todas luces incompleto. Al no haberse generado los consensos necesarios para dar sanción a una ley-convenio de coparticipación, nos regimos por una antigua norma de 1988 y por una serie de instrumentos multilaterales a los que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha dado en llamar derecho intrafederal (4).

El segundo aspecto, en materia de vínculos intergubernamentales, es que en la actualidad nuestro federalismo cuenta con una muy baja densidad de normas, instituciones y procesos que lleven adelante la gestión asociada de los temas comunes entre el gobierno federal y los de las provincias, y de estas con sus municipios, lo que se traduce en un infradesarrollo notable de las relaciones intergubernamentales (RIG) (tanto verticales como horizontales). Las relaciones existentes son escasas, priman en ellas las bajas capacidades técnicas de las burocracias especializadas y están basadas en vínculos asimétricos, tanto en el eje Nación-provincias, como en el eje provincias-municipios. Estos déficits institucionales y sus implicancias en la materia fiscal constituyen hilos conductores que serán abordados a lo largo del presente trabajo.

II. Federalismo fiscal y relaciones intergubernamentales

Coincidimos con un clásico de los estudios federales, Carl J. Friedrich (1968), quien afirma que no se puede hablar de federalismo en singular, ya que todo Estado federal cuenta con características y singularidades que lo vuelven único. Por ello, se sostiene la conveniencia de hablar de federalismos —en plural— puesto que todo federalismo es el resultado de un proceso en el que intervienen factores históricos, geográficos, culturales, étnicos, religiosos, etc., que brindan fisonomías específicas a cada modelo estatal.

Sin embargo, y más allá de la heterogeneidad que caracteriza a todos los federalismos, creemos que es posible afirmar que existe un conjunto de elementos constitutivos de un sistema de Estado federal, tales como: a) la presencia de una norma escrita fundamental en donde se determinan la distribución de competencias y atribuciones entre los diferentes niveles de gobierno; b) dicho texto liminar no puede modificarse unilateralmente por alguna de las partes; c) en el sistema de división de poderes existe habitualmente una cámara legislativa orientada a defender los intereses de los gobiernos subnacionales autónomos (Senado o similares) y un órgano jurisdiccional con competencia originaria en la materia federal

(4) Entendido como aquella rama del derecho que regula las relaciones tributarias entre los distintos niveles de gobierno a los fines de evitar las dobles o múltiples imposiciones.

(Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales); d) en todos ellos rige un acuerdo fiscal federal que determina las funciones y competencias a desempeñar por cada uno de los niveles de gobierno y los recursos; y e) un conjunto de normas, procesos e instituciones que llevan adelante la gestión de los servicios o las políticas públicas comunes y compartidas.

Estos tres últimos elementos (normas, procesos e instituciones) componen un moderno campo disciplinar, el estudio de las RIG. Estas comprenden los vínculos de coordinación, cooperación, apoyo mutuo, e intercambio de acciones que se dan entre dos o más órdenes o niveles de gobierno y forman parte de los procesos de gestión política como modalidades de un esfuerzo de armonización, cooperación, compatibilización y negociaciones contratadas, acordadas, convenidas o concertadas (Pontifes Martínez, 2002, p. 51).

El federalismo en su dimensión fiscal permite estudiar el modo en el que los diferentes niveles del Estado reparten las competencias, los servicios a su cargo y los recursos tributarios para llevar adelante las funciones que son propias y naturales a cada uno de ellos. Desde la perspectiva de las finanzas públicas, el federalismo fiscal se ocupa de estudiar cómo hay que distribuir (análisis normativo) y cómo se distribuyen (análisis positivo) las responsabilidades de gasto y las facultades impositivas entre distintos niveles de gobierno. Tales aspectos tienen una importancia económica-financiera, pues los arreglos que existen pueden afectar la eficiencia con la cual la gestión estatal es realizada, y tienen también trascendencia política, pues los arreglos particulares pueden implicar altos grados de concentración del poder en el gobierno central o, en la alternativa opuesta, comunidades locales con elevados grados de autonomía y participación política (Teijeiro, 2009, p. 3).

En Argentina, la última reforma constitucional importó un rediseño de las bases de nuestro federalismo fiscal. Adquiere centralidad la obligación impuesta al Congreso Nacional de dictar, antes de la finalización del año 1996, una ley-convenio de coparticipación, que debía ser aprobada con una mayoría absoluta del total de sus miembros y también tratada y aprobada por todas las legislaturas provinciales. Según el mandato constitucional, dicha ley-convenio de coparticipación debe contemplar criterios objetivos de reparto, dar prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional, y resultar equitativa y solidaria (artículo 75 inciso 2).

Las disposiciones precedentes procuraban dar lugar a un fuerte entramado de relaciones intergubernamentales verticales y horizontales que permitieran nuevos ámbitos de debate, de construcción de consensos generales y de articulación de políticas de mediano y largo plazo. No obstante, al presente no existe una ley-convenio sancionada con las características previstas por el texto constitucional.

Este estado de situación es descripto por la CSJN en un reciente fallo (5) como un desajuste institucional grave a solucionar en el breve plazo. El inmovilismo de los socios federales para poner en marcha los arreglos institucionales emergentes de la reforma supone un delicado problema institucional dado el evidente conflicto entre el mandato del poder constituyente y la ausente voluntad de los poderes constituidos para sancionar un acuerdo fiscal federal definitivo.

III. El acuerdo fiscal federal y la distribución de competencias tributarias Nación-provincias en la reforma constitucional de 1994

Como expresamos, con la reforma constitucional se rediseñan aspectos centrales del federalismo argentino, especialmente en materia fiscal. Por un lado, se modifica la distribución de competencias tributarias entre Nación y provincias. Así, a la Nación le corresponde: a) el dictado de derechos de importación y exportación —impuestos aduaneros— en forma exclusiva (excluyente) y permanente (artículos 4, 75 inciso 1 y 126); b) los impuestos indirectos en competencia concurrente y de modo permanente con las provincias (artículo 75 inciso 2) y c) los impuestos directos en forma excepcional y por tiempo determinado (proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan) (artículo 75 inciso 2). A las provincias le corresponden: a) los impuestos indirectos en competencia concurrente y permanente con la Nación (artículo 75 inciso 2) y b) los impuestos directos en forma exclusiva y permanente (artículo 75 inciso 2), salvo en los supuestos de excepción en los que pueden ser establecidos por la Nación.

Por otro lado, se establece la obligación para el Congreso Nacional del dictado de una ley-convenio de coparticipación antes de la finalización del año 1996 según la cláusula transitoria sexta. En cuanto a los requisitos constitucionales de forma de la futura ley-convenio, se exige que la misma tenga al Senado como cámara de origen, que sea sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de la cámara, que no pueda ser modificada ni reglamentada unilateralmente y que sea aprobada por las 23 provincias y CABA. En cuanto a su contenido, debe erigirse en base a acuerdos celebrados previamente entre la Nación, provincias y CABA, instituir regímenes de coparticipación de los diferentes impuestos y garantizar la automaticidad de los fondos.

La distribución entre la Nación, provincias y CABA debe efectuarse en forma directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas, garantizando criterios objetivos de reparto. Por último, establece que deberá ser solidaria, equitativa y dar prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad

(5) Bazán, Fernando s/ Amenazas. CSJN, 4 de abril de 2019.

de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional. Dispone también dicha norma la creación de un Banco Federal con facultades de emisión de moneda y de un organismo de control de la coparticipación integrado por representantes de cada una de las provincias (artículo 75, incisos 2 y 6).

A casi veintiséis años de la reforma, aún no se ha dado cumplimiento a la cláusula constitucional. Dicha omisión e incumplimiento del acuerdo federal fiscal cristalizado en la reforma constitucional constituye el nudo de la mayor parte de los problemas de distribución y de reparto de competencias y recursos que afectan hoy al federalismo argentino.

La ausencia del dictado de una ley-convenio con las características señaladas contribuyó a una formidable concentración de recursos en el gobierno nacional. En virtud del régimen de coparticipación vigente, la facultad (concurrente) para el dictado de impuestos indirectos recae exclusivamente sobre la Nación, como así también la facultad respecto del dictado de contribuciones e impuestos directos, que es excepcional y condicionada para la Nación, pero en la realidad es ejercida por esta de manera sostenida e ininterrumpida a través del tiempo, operando una absoluta inversión de la regla, en desmedro de la potestad tributaria provincial.

El incumplimiento del mandato constitucional es suplido, en parte, por un antiguo régimen de coparticipación instaurado con la ley 23548 de 1988, como así también por una serie de pactos fiscales: Pacto Fiscal I(6), Pacto Fiscal II(7), los Compromisos Federales de 1999 y de 2000 (8), y el Consenso Fiscal de 2016 (9). Tales instrumentos fueron empleados como herramientas provisorias para acordar

(6) El denominado “Pacto Fiscal I” se celebró en 1992 e implicó un acuerdo entre el gobierno nacional y los gobiernos provinciales con miras a financiar las obligaciones previsionales nacionales. En la ocasión se consideró necesario detraer un porcentaje (15%) de la masa coparticipable antes de proceder a su distribución, afectado específicamente a ese objetivo.

(7) En agosto de 1993 se celebró el llamado “Pacto Fiscal II”, también denominado “Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento”, en virtud del cual se busca dar impulso a la economía nacional y la reactivación de las economías regionales. Por ello, la Nación y las provincias se comprometen, entre otras cosas, a derogar tributos que tienen incidencia en las actividades económicas, propender a la privatización de servicios prestados por las provincias y disminuir el costo laboral.

(8) Dentro de los llamados Compromisos Federales, encontramos el de diciembre de 1999, el “Compromiso Federal para el Crecimiento y la disciplina Fiscal” del año 2000.

(9) En virtud del cual la Nación, las provincias y la CABA se comprometen a: adherir a la Ley de Responsabilidad Fiscal; modificar la Ley de Impuesto a las Ganancias; aprobar la Ley de Revalúo Impositivo; prorrogar la vigencia del Impuesto sobre los créditos y débitos en cuentas bancarias; reformular y adecuar el esquema del impuesto sobre los combustibles líquidos y el gas natural; impulsar reformas sobre el régimen previsional; consensuar una nueva Ley de coparticipación federal; consensuar una nueva Ley de modernización del Estado, entre otros compromisos.

la distribución de recursos y competencias tributarias. Todos ellos tuvieron como común denominador que se firmaron en escenarios de crisis económicas y en base a una agenda principalmente impuesta por el gobierno federal en base a recomendaciones de organismos multilaterales de crédito y en el marco del proceso de reforma del Estado. Tal conglomerado de normas y acuerdos parciales operan como soporte para los vínculos y relaciones intergubernamentales en la materia.

Paralelamente a ello, se profundizó, desde los años noventa, un proceso de descentralización de funciones y servicios hacia las provincias, lo que las transformó en responsables de ejecutar el 50% o más del gasto total por provisión de bienes y servicios. El resultado de la asimetría observada entre la descentralización de gastos y la recaudación de ingresos generó un importante desequilibrio vertical que, además de los recursos por coparticipación, requirió el envío por parte del gobierno nacional de un conjunto de transferencias, tanto de libre disponibilidad como condicionadas (Rez; Padraja y Suárez Pandiello, 2011, p. 148).

Este proceso de devolución de competencias sin una adecuada transferencia de recursos financieros arrojó al país hacia un diseño fiscalmente centralizado con una cierta descentralización o desconcentración administrativa, junto con la consolidación del mecanismo de transferencias condicionadas, lo que significó un visible retroceso para los niveles subnacionales.

Especialmente, en términos de RIG, la reforma constitucional introdujo herramientas para facilitar la coordinación intergubernamental y dar paso a un “federalismo de concertación”. Bajo esta denominación se configura un diseño de interrelación entre los distintos niveles de gobierno, en el cual prevalece la idea de una mayor relación y armonización de funciones que no se encuentran aisladas e inconexas unas de otras, por lo que deben ser coordinadas. Se debe acordar entre la Nación y las provincias —y entre las provincias entre sí— el desarrollo de las políticas intercomunales y la gestión intergubernamental de los asuntos e intereses comunes.

Sin embargo, Argentina experimenta un estadio de infradesarrollo de las modalidades de RIG que caracterizan a cualquier federalismo moderno. Los mecanismos de vinculación son casi exclusivamente verticales, con un eje que impone su preminencia desde arriba hacia abajo, al concentrar el gobierno nacional la mayor parte del poder recaudatorio.

Las escasas RIG verticales requieren un mayor énfasis en dinámicas más cooperativas y de coordinación, siendo a su vez necesaria la consolidación de múltiples modalidades de RIG horizontales entre las provincias, los municipios e incluso las propias regiones.

Tales fenómenos, es decir, la ausencia de un acuerdo fiscal en los términos planteados a nivel constitucional y de un entramado de RIG que determinen los mecanismos y modalidades de interacción y cooperación entre niveles de gobierno, han provocado que las negociaciones entre gobiernos sean personalizadas. En efecto, el mayor poder negociador del gobierno federal ha empujado a muchas provincias a la firma de acuerdos desventajosos para sus distritos en el mediano y largo plazo, urgidos por necesidades financieras, de obra pública o de naturaleza política de corto plazo.

Este estado de situación que encontramos en el vínculo Nación-provincias es extensible a los vínculos entre las provincias, las que carecen de organismos de articulación horizontal como son en otras experiencias federales los consejos o asambleas de gobernadores.

IV. Las relaciones fiscales provincia-municipios en el federalismo subnacional argentino

Como se mencionó en la introducción, la característica principal del federalismo argentino es su heterogeneidad. Por tal motivo, en esta sección del trabajo describimos y analizamos las RIG existentes entre Estados provinciales asimétricos y con múltiples y disímiles modalidades de organización del gobierno municipal.

En dicho sentido, hemos considerado prioritario el abordaje de las siguientes dimensiones analíticas:

- a) Tipo y nivel de reconocimiento de la autonomía municipal en las Constituciones provinciales.
- b) Características de los mecanismos de coordinación fiscal existentes en las leyes orgánicas municipales y de coparticipación en cada provincia.
- c) Porcentaje de recursos coparticipables, como indicador del grado de autonomía con que cuentan los municipios.
- d) Características y relevancia de las oficinas técnicas del gobierno provincial destinadas a coordinar políticas con los gobiernos locales.

A partir de estas cuatro dimensiones nos proponemos caracterizar los vínculos intergubernamentales existentes, a los fines de determinar si en ellos prima la institucionalización o la informalidad y las negociaciones personalizadas entre las partes.

IV.1. Tipo y nivel de reconocimiento de la autonomía municipal en las Constituciones provinciales

El debate sobre el carácter autónomo o meramente autárquico de los municipios en Argentina es de vieja data, remontándose al texto de la Constitución originaria de 1853, en donde se reconoce el régimen municipal de gobierno sin profundizar acerca de sus alcances y límites. Desde aquella instancia remota tuvimos décadas de debates y tensiones sobre el tema, mediadas por una jurisprudencia de la CSJN refractaria al reconocimiento autonómico. Será desde el constitucionalismo provincial, y especialmente a partir de 1986, en donde numerosas reformas constitucionales provinciales receptan la autonomía municipal.

En 1989, la CSJN da un giro a su jurisprudencia con el fallo Rivademar (10), en donde analiza comparativamente las similitudes y diferencias entre los entes autárquicos y los municipios, dando finalmente reconocimiento al fenómeno autonómico local.

El convencional constituyente de 1994 recepta de manera definitiva el instituto, en una fórmula que abarca la dimensión institucional, política, administrativa, económica y financiera, dejando a las provincias la potestad de reglar su alcance y contenido. Esta última cláusula constitucional ha abierto la puerta a un heterogéneo reconocimiento y delimitación de la autonomía municipal (en sus modalidades plena o semiplena), mientras que relevantes distritos ni siquiera han incorporado el instituto.

De las 23 provincias del país, 20 reconocen la autonomía municipal en sus constituciones. De ellas, 17 han optado por un modelo de reconocimiento pleno de la autonomía municipal, difiriendo en matices con respecto al alcance y posibilidades de dicha figura. Otras 3 provincias (Salta, Neuquén y Chubut), en cambio, han adoptado un formato de autonomía semiplena o limitada, en donde la dimensión institucional de la autonomía se ve afectada por recortes, entre ellos, que las cartas orgánicas municipales deban ser aprobadas por las legislaturas provinciales. Finalmente, 3 distritos muy importantes (Mendoza, Santa Fe y Buenos Aires) no han actualizado sus constituciones provinciales por diferentes factores de política doméstica.

Ahora bien, por las fuertes asimetrías de tamaño y población existentes entre los diferentes estados provinciales, la mora de estas últimas tres provincias en incorporar la autonomía municipal es por demás significativa en el estudio del fenómeno autonómico, en la medida en que en estos 3 distritos residen el 51,22% de

(10) CSJN, "Rivademar, Ángela Martínez Galván de c/ Municipalidad de Rosario", 1989.

la población del país. En los 17 que adoptan la autonomía municipal plena reside el 35,91% de los habitantes, en los 3 con autonomía semi plena un exiguo 5,67%, mientras que el 7,2% restante reside en la Capital Federal, distrito con atribuciones autonómicas específicas y diferenciadas (11).

Es decir que más de la mitad de los habitantes del país reside en distritos en donde la autonomía municipal no rige de manera plena y efectiva. Siendo la provincia de Buenos Aires, por su magnitud, un factor fuertemente distorsivo a la hora del análisis de nuestro objeto de estudio.

IV.2. Mecanismos de coordinación fiscal existentes en el federalismo subnacional argentino

A los fines de la caracterización de los mecanismos de coordinación fiscal entre provincias y municipios en Argentina, resulta oportuno presentar los principales rasgos del diseño institucional en el cual se enmarcan las diferentes RIG.

De acuerdo con lo desarrollado en el apartado anterior, el reconocimiento constitucional por parte de las provincias de una autonomía municipal —en las dimensiones institucional, política, administrativa, y económica-financiera— constituye el puntapié inicial para generar vínculos intergubernamentales que no se tornen asimétricos, precarios o inestables. No obstante, el mero reconocimiento constitucional de la autonomía municipal no alcanza, es necesario dotarla de contenido.

El municipio, para poder desenvolverse con autonomía e independencia en el ejercicio de sus atribuciones, competencias y fines requiere del ejercicio de su potestad tributaria, entendida como aquella facultad para crear y percibir impuestos, tasas y contribuciones especiales, como competencia de naturaleza originaria.

Para lograr una adecuada caracterización de los mecanismos intergubernamentales de coordinación fiscal existentes en el federalismo subnacional argentino, seleccionamos dos factores que nos permiten contextualizar y comprender tales vínculos. En primer lugar, analizamos la distribución de títulos competenciales en materia tributaria entre provincias y municipios efectuada en las constituciones provinciales y leyes orgánicas municipales vigentes. En segundo lugar, examinamos en los textos constitucionales la existencia de lineamientos concretos destinados a regular las relaciones intergubernamentales en la materia económica-financiera, a partir del establecimiento de determinadas condiciones y

(11) Datos basados en el Censo de Población 2010 (Fuente INDEC).

exigencias que hacen al diseño institucional y que brindan un marco a partir del cual operan dichos vínculos.

Del relevamiento surge que, de las 23 provincias argentinas, en 3 de ellas (Buenos Aires, Mendoza y Santa Fe) no existe un reconocimiento constitucional directo de la potestad tributaria local. En el caso de la constitución provincial de Buenos Aires, se establece que los títulos tributarios de los gobiernos locales serán definidos por ley y, a su vez, se fija una limitación o exigencia adicional para la creación o aumento de los recursos tributarios (12) por parte de los consejos deliberantes de los gobiernos locales. Por su parte, la ley orgánica de municipios solo reconoce dos categorías o especies tributarias (tasas y contribuciones especiales), las cuales no constituyen fuentes genuinas de financiamiento, precisamente por las notas tipificantes de su naturaleza tributaria. En la provincia de Santa Fe se observa una ausencia de reconocimiento expreso a la potestad tributaria local, aunque, de manera genérica, la ley orgánica municipal prevé el dictado de impuestos, tasas y contribuciones especiales compatibles con el régimen tributario provincial y federal. El caso más extremo es el de Mendoza, que no solo desconoce la potestad tributaria local, sino que prohíbe explícitamente en la constitución a sus gobiernos locales legislar en materia impositiva (artículo 199 inciso 6) y en la ley orgánica municipal establece la prohibición de dictar impuestos, quedando habilitados los municipios al dictado de tasas y contribuciones especiales por servicios efectivamente prestados.

Entre las provincias cuyas constituciones reconocen expresamente la autonomía municipal, identificamos diversos panoramas en relación a la distribución de competencias tributarias.

Por un lado, se encuentran aquellas en las que su constitución provincial menciona las categorías tributarias de competencia municipal de manera genérica, es decir, aludiendo a impuestos, tasas y contribuciones especiales o expresiones análogas, pero sin explicitar cuáles (Catamarca, Chaco, Chubut, Córdoba, Entre Ríos, La Pampa, Neuquén, Río Negro, San Juan, San Luis, Santiago del Estero y Tierra del Fuego). Por otro lado, aquellas que, además de la expresión genérica (impuestos, tasas y contribuciones especiales), establecen en su articulado alguna mención a un impuesto específico (por ejemplo, el dictado del impuesto inmobiliario, del automotor, o incluso de ambos, o bien la recaudación total o un porcentaje de recaudación de estos). Tal es el caso, de las provincias de Corrientes, Formosa, Jujuy, Misiones, Salta, Santa Cruz y Tucumán. Finalmente, en la provincia de La Rioja

(12) Todo aumento o creación de impuestos o contribución de mejoras, necesita ser sancionado por mayoría absoluta de votos de una asamblea compuesta por los miembros del Concejo Deliberante y un número igual de mayores contribuyentes de impuestos municipales (artículo 193, inciso 2).

no se mencionan las categorías o especies tributarias que pueden dictar los municipios en la órbita de su jurisdicción, aunque el reconocimiento de la potestad tributaria surge del articulado.

En el caso de la distribución de competencias efectuadas en las leyes orgánicas municipales, observamos algo similar. En algunos casos, solo refieren de manera genérica las especies o categorías tributarias (Córdoba, Entre Ríos, Jujuy, La Rioja, Río Negro y Santa Cruz). En otros casos, la norma avanza: a) efectuando una definición más detallada de la materia imponible de los municipios (Catamarca, Chaco, Misiones, Neuquén, Salta, San Juan, San Luis y Santiago del Estero); b) haciendo mención al impuesto inmobiliario, al impuesto al automotor, o a ambos, o definiendo algún porcentaje de recaudación de aquellos (Chubut, Corrientes, Neuquén, San Luis, Santa Cruz, Tucumán); y c) estableciendo alguna limitación o exigencia adicional para el ejercicio de la potestad tributaria local en cuanto al proceso de sanción de las ordenanzas impositivas. En este último caso encontramos a aquellas provincias que exigen para su sanción el voto de una mayoría absoluta de los miembros (Misiones, Tierra del Fuego, La Pampa —la cual además exige la conformidad del poder ejecutivo local—). Como caso extremo, la provincia de Formosa dispone que la iniciativa de ordenanzas impositivas corresponde exclusivamente al departamento ejecutivo provincial (artículo 80), en clara vulneración del principio de legalidad de raigambre constitucional y que rige en la materia tributaria.

En cuanto a la existencia de lineamientos concretos destinados a regular las RIG en materia económica-financiera en las constituciones provinciales, aquí también el panorama es heterogéneo.

Entre las constituciones que no receptan lineamientos de ningún tipo encontramos el caso de Buenos Aires, Mendoza, Santa Fe y Catamarca, que dejan librada la regulación de los mecanismos de coparticipación y distribución de recursos a las leyes orgánicas municipales y leyes de coparticipación provincial específicas.

Entre las constituciones que receptan o fijan algún lineamiento encontramos diversos matices que manifiestan tomas de posición en cuanto a la forma en que se conciben los vínculos intergubernamentales. Así, tenemos provincias que solo mencionan la necesidad de establecer una ley o régimen de coparticipación (Chaco, Chubut, La Pampa, Salta) y provincias que explícitamente ponen el acento en el modo de efectuarse la distribución de los recursos: a) atendiendo a las competencias, funciones y servicios (Entre Ríos, La Rioja, Neuquén, San Luis, Santa Cruz, Santiago del Estero); b) fijando un monto de distribución primaria mínimo (Corrientes y Santiago del Estero); c) estableciendo particularidades en cuanto a la forma y el tiempo de percepción de los recursos (Jujuy, La Pampa, Misiones,

Tucumán); y d) destacando particularidades que deberán ser tenidas en cuenta en los criterios de reparto (San Juan y San Luis).

Otro aspecto relevante es el acento que ponen algunas constituciones provinciales en que estas leyes o regímenes de coparticipación de recursos surjan, o se enmarquen, en un convenio o acuerdo concertado entre la provincia y los municipios (Córdoba, Corrientes, Jujuy, Neuquén y Río Negro). Y, en el sentido opuesto, ubicamos, nuevamente, el caso de la provincia de Formosa, donde solo prevé como atribución del poder legislativo provincial el establecimiento de la participación de los municipios en los regímenes de coparticipación.

El panorama descripto constituye el marco institucional a partir del cual —con un mayor o menor grado de discrecionalidad— se desenvuelven en el país los vínculos intergubernamentales provincias-municipios en materia fiscal.

Por último, a partir del relevamiento efectuado en las leyes orgánicas municipales y leyes de coparticipación, identificamos escasos supuestos en donde se institucionaliza alguna instancia o mecanismo de coordinación en materia fiscal.

En el caso de Catamarca se crea, a partir de la ley de coparticipación provincial, la Comisión de Participación Municipal. Esta verifica la determinación de las asignaciones y distribuciones, las liquidaciones y transferencias, controla la información y rendición de cuentas, el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley y propone las medidas que considere conducentes para la aplicación de la ley y del régimen municipal. La Ley de coparticipación de San Luis prevé una Comisión Fiscal Provincial. Dicha Comisión debe coordinar las pautas presupuestarias con los municipios, las ordenanzas tributarias municipales, las tareas de fiscalización tributaria y cualquier otra función de coordinación financiera y fiscal.

En el extremo opuesto, destacamos dos casos en donde directamente no se prevé la participación de gobiernos locales. Tal es el caso de La Rioja, cuya ley de coparticipación instituye la Comisión de trabajo para la fiscalización y seguimiento de los recursos a recaudar y coparticipar, sin prever la participación de ninguna autoridad municipal; y el caso de Río Negro con la Comisión Permanente de Aplicación y Arbitraje. La Comisión Permanente entiende en todo lo atinente a la distribución secundaria de regalías y entre sus funciones tiene la posibilidad de incluir o excluir gobiernos locales del listado de municipios productores que reciben un 35% en la distribución secundaria de regalías hidrocarbúricas.

En resumen, podemos afirmar que las instancias de coordinación de RIG en materia fiscal entre las provincias y los municipios argentinos son escasas, insuficientes y heterogéneas. Esta precariedad o ausencia de vínculos formales conduce a canalizar estas relaciones a través de mecanismos informales y, por ello,

asimétricos y discrecionales (entendiendo al concepto como no atado a marcos normativos).

IV.3. Porcentaje de recursos coparticipables como indicador del grado de autonomía con que cuentan los municipios

Nos resulta de interés incorporar al análisis el porcentaje que los gobiernos provinciales destinan a sus municipios (distribución primaria) de los recursos que les transfiere la Nación en base al régimen de coparticipación federal vigente, previsto por la ley 23548/88. Si bien cada provincia coparticipa de manera diferente sus tributos provinciales internos —con mayores o menores grados de desconcentración—, el porcentaje de la coparticipación federal nos permite percibir claramente la heterogeneidad del sistema y las asimetrías existentes entre las diferentes jurisdicciones. Las diferencias porcentuales deben ser entendidas como condicionantes a la hora de analizar el grado de dependencia o de autosuficiencia financiera de los gobiernos municipales. Se traducen también en limitaciones para el desarrollo de sus capacidades autonómicas.

IV.3.1. Cuadro: porcentajes de recursos coparticipables (distribución primaria entre provincias-municipios)

Provincia	Porcentaje coparticipable	Provincia	Porcentaje coparticipable
Buenos Aires	16,14%	Misiones	12%
Catamarca	25%	Neuquén	15%
Chaco	15,50%	Río Negro	13%
Chubut	11%	Salta	15%
Córdoba	20%	San Juan	14,5%
Corrientes	19%	San Luis	Variable. Actual 8%
Entre Ríos	Variable. 15,32%	Santa Cruz	11%
Formosa	12%	Santa Fe	Variable. Actual 14%
Jujuy	17%	Santiago del Estero	15%
La Pampa	11%	Tierra del Fuego	25%
La Rioja	15%	Tucumán	16,50%
Mendoza	18,8%	Promedio nacional	15,42%

Fuente: elaboración propia a partir de los regímenes provinciales de coparticipación vigentes.

De los datos comparados se puede comprobar que existen fuertes diferencias entre las provincias que menos recursos de la coparticipación federal distribuyen a sus municipios (San Luis, Chubut, La Pampa, Santa Cruz) y las que más recursos disponen a tal efecto (Catamarca, Tierra del Fuego, Córdoba, Mendoza). La brecha llega a alcanzar una relación de 3 a 1 en los casos extremos, desnudando fuertes

disparidades que impactan en los niveles de autonomía local y configuran un límite a la viabilidad financiera de los Estados municipales, constreñidos a convivir con la tensión existente entre la demanda de servicios por parte de la ciudadanía y la estrechez financiera. El promedio obtenido de un 15,42%, por su parte, parece acotado teniendo en cuenta las crecientes demandas de bienes y servicios públicos existentes a nivel municipal.

Debe añadirse que muchas provincias tienden a compensar o disminuir dichos porcentajes en base a criterios propios de distribución de las competencias tributarias en cada nivel de gobierno y a las alícuotas de los tributos internos existentes que se coparticipan entre ambos, por lo que podemos afirmar que allí la heterogeneidad es aún más amplia.

Finalmente, otro dato de interés es que, a partir de 2018, el conjunto de las provincias argentinas cuenta con una ley convenio de coparticipación provincia-municipios, o con un régimen constitucional de distribución de recursos y alícuotas de sus tributos coparticipables. El ciclo se cierra con las recientes sanciones de leyes convenios por parte de las provincias de La Rioja y San Juan, siendo el mismo un indicador de calidad institucional que el gobierno federal y las provincias no han podido emular hasta la fecha.

IV.4. Características y relevancia de las oficinas técnicas del gobierno provincial destinadas a coordinar políticas con los gobiernos locales

En esta última dimensión de análisis se busca identificar en la gestión provincial la existencia y, en su caso, jerarquía, de las oficinas gubernamentales destinadas a vincular técnicamente al gobierno provincial y sus municipios y, por último, establecer si en ellos se identifican mecanismos de cooperación y coordinación intergubernamentales o, de lo contrario, si las políticas son definidas y planificadas desde el gobierno provincial (*top down*) sin la participación de los gobiernos locales.

A los fines de dar respuesta a ese interrogante, se llevó a cabo un relevamiento de los sitios web oficiales del conjunto de los gobiernos provinciales y de las diferentes leyes de ministerios provinciales (13). El relevamiento aporta datos de mucho interés, aunque en algunas provincias el acceso a la información pública disponible es escaso y/o de baja calidad.

Ninguna de las provincias argentinas ha considerado otorgar rango ministerial a la tarea de coordinación de políticas con el nivel municipal de gobierno, siendo

(13) El relevamiento fue llevado a cabo en el mes de mayo de 2020.

este un dato revelador. Por su parte, un conjunto de provincias ha brindado una jerarquía prioritaria a la problemática, disponiendo para la tarea de Secretarías de Estado (Buenos Aires, Córdoba, Chaco, Entre Ríos, Jujuy, La Pampa, Mendoza, Neuquén, Salta, Santa Cruz, Tucumán) o de Subsecretarías (Santa Fe, Misiones y Chubut), generalmente denominadas de asuntos municipales, o similares.

Otras provincias cuentan con oficinas de menor jerarquía abocadas a la problemática, tales como La Rioja (Dirección de Coordinación) y Río Negro (Dirección de Municipios). Finalmente, San Luis dispone de un Programa de Coordinación, mientras que un conjunto de provincias ni siquiera cuentan en sus organigramas con oficinas técnicas de vinculación con sus municipios (La Pampa, San Juan, Santa Cruz y Tierra del Fuego).

El análisis de las características de estas dependencias, los programas que ejecutan o las capacidades institucionales existentes en ellas exceden las posibilidades de este trabajo. No obstante, de un relevamiento normativo y organizacional identificamos solamente 5 provincias que cuentan con espacios de coordinación intergubernamental en materia fiscal en donde los municipios participan en la deliberación y la toma de decisiones (Córdoba, Misiones, Santa Fe, Catamarca y Chubut).

Córdoba cuenta con dos interesantes experiencias de articulación intergubernamental con la Unidad de Trabajo provincia-municipios y la Unidad de Trabajo provincia-comunidades regionales, espacios en donde participan representantes del gobierno provincial e intendentes y que han servido para la planificación de programas y de debate de propuestas que posteriormente tomaron trámite legislativo. Misiones tiene un Programa de Relación Fiscal con los municipios en sede del Ministerio de Hacienda, Finanzas, Obras y Servicios Públicos. Santa Fe dispone de una Comisión Provincial de Coordinación Fiscal, creada por decreto provincial N° 1477/2008. Catamarca cuenta en su Subsecretaría de Asuntos Municipales con una Comisión de Participación Municipal, de conformación mixta, que gestiona los Fondos de Desarrollo y de Emergencia Municipal. Finalmente, Chubut tiene un Consejo Provincial de Responsabilidad Fiscal (lo componen el Ministro de Economía y los Secretarios de Economía municipales), creado por la ley 5257.

La mayoría de estos espacios nacen de la mano de los acuerdos fiscales multilaterales Nación-provincias, a los que las mismas han adherido, y se centran en los compromisos de responsabilidad fiscal y saneamiento de deudas, más que en la coordinación fiscal y tributaria propiamente dicha, configurando de todos modos interesantes y novedosas instancias de coordinación intergubernamental en el federalismo argentino.

Estas escasas experiencias ponen en evidencia la baja relevancia que se brinda a la problemática en los gobiernos provinciales, y cómo la decisión técnica mayoritariamente excluye a los actores territoriales de mayor proximidad.

V. Consideraciones finales

El diseño federal contemplado en la última reforma constitucional argentina dio lugar, en términos normativos, a la configuración de un gobierno multinivel moderno y complejo, con miras a dar respuesta a los innumerables desafíos actuales y futuros asociados a la gestión de los territorios. Principios como la coordinación, solidaridad, desarrollo armónico y equilibrado del territorio, que constituyen la base del diseño federal, tras veintiséis años, siguen siendo desatendidos.

La ausencia de un pacto fiscal federal entre la Nación, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que responda a las exigencias del mandato constitucional, como así también la inexistencia de un entramado de vínculos institucionalizados con reglas claras y estables entre los diferentes niveles de gobierno, torna al federalismo argentino en un juego de poder sin reglas formales estables. El estado de cosas empuja hacia una informalización de las RIG y a una personalización del vínculo entre quien pide y quien otorga, factores altamente distorsivos de un diálogo federal consolidado. Tales aspectos, evidentes en el vínculo entre la Nación y provincias, se observan también en los vínculos entre las provincias y sus gobiernos locales, en mayor o menor medida.

Otro importante aspecto que contribuye a que el capítulo federal de la reforma constitucional de 1994 sea hoy una promesa incumplida es la falta de reconocimiento de parte de algunas constituciones provinciales del régimen de la autonomía municipal.

En primer lugar, si concebimos a la autonomía municipal como un requisito previo y necesario para el desarrollo de vínculos interjurisdiccionales consistentes, es menester armonizar las constituciones provinciales al mandato de la CN, sobre todo en distritos de máxima relevancia poblacional y política como lo son Santa Fe, Mendoza y Buenos Aires. También es un debate pendiente la definición de los alcances y límites de la autonomía municipal, ya que la viabilidad financiera de los mismos es necesaria para construir un federalismo de bases sólidas.

En segundo lugar, y vinculado a los alcances y contenidos de la autonomía municipal, un aspecto a considerar son las amplias limitaciones al ejercicio de la potestad tributaria local en nuestro federalismo subnacional. A la par de ello, y de un modo preocupante, destacamos la insuficiencia de instancias y mecanismos de coordinación intergubernamentales en materia fiscal entre provincias y municipios, lo que contribuye al deterioro y precariedad de los vínculos

intergubernamentales y conduce a vehiculizar tales relaciones por mecanismos de negociación informales y discrecionales.

Un tercer elemento evidenciado es la asimetría de los porcentajes de recursos federales que las provincias distribuyen a sus municipios, siendo esta disparidad muy significativa entre aquellas jurisdicciones que más y menos recursos destinan a la gestión municipal, como se analiza en el punto IV.2. A ello se añade otra diferencia considerable con respecto a las competencias tributarias que las constituciones provinciales reconocen a los gobiernos locales y las alícuotas de los tributos internos provinciales que se coparticipan.

Finalmente, existen en nuestro país escasísimas instancias de coordinación en materia fiscal con participación mixta provincial-municipal. Las cinco excepciones identificadas fueron reseñadas en el punto IV.4, justificando nuestra hipótesis acerca de una baja densidad de RIG institucionalizadas y, en consecuencia, una fuerte primacía de la toma de decisiones en ámbitos del gobierno provincial (ejecutivo y legislativo).

Otro dato de interés se vincula con las características de las oficinas provinciales dedicadas a la coordinación de políticas con los municipios. En muchas provincias no existen como tales, siendo dichas funciones subsumidas por otras dependencias. En otras, son oficinas de menor relevancia, y solamente algunas provincias jerarquizan las mismas con un rango de Secretaría de Estado o similar. Esto también desnuda la debilidad del diálogo técnico calificado entre las burocracias provinciales y municipales, el que seguramente se caracterizará por las asimetrías de capacidades institucionales y de poder de negociación.

El conjunto de estos factores hace que las decisiones en materia fiscal se efectúen dentro de los poderes ejecutivo o legislativo provinciales, según corresponda, y que los municipios generalmente no formen parte del proceso de construcción de la política. Junto con ello, la ausencia de instancias formales de deliberación común entre burocracias especializadas hace que los vínculos se vuelvan personalizados e informales, entre gobernadores e intendentes, o entre funcionarios de ambos niveles gubernamentales. Dicha situación de informalidad genera una posición de debilidad intrínseca de los gobiernos locales por la que transitan las relaciones provincia-municipios en la mayor parte de las jurisdicciones del federalismo argentino.

La decisión metodológica de comparar el conjunto de las provincias genera la dificultad de profundizar en experiencias o casos particulares, dado el volumen de información que ello conlleva. No obstante, los elementos obtenidos permiten corroborar nuestra afirmación apriorística acerca del escaso volumen de las RIG provincia-municipios en el país, la heterogeneidad de los casos, las fuertes

asimetrías materiales y simbólicas que las caracterizan y, frente a ello, la primacía de vínculos informales y negociaciones personalizadas entre gobernadores e intendentes, donde estas asimetrías quedan al descubierto.

Aun evitando generalizar, creemos que es preciso avanzar en la consolidación de las RIG en nuestro federalismo como condición necesaria de su fortalecimiento institucional. La agenda prioritaria del federalismo argentino exige la existencia normativa de un acuerdo fiscal federal y, de la mano con ello, una multiplicación de las instancias de coordinación y articulación de políticas multinivel en los términos propuestos por la Constitución Nacional.

VI. Bibliografía

Astarita, M.; Bonifacio, S. y Del Cogliano, N. (2012). Relaciones intergubernamentales (RIGS) en la administración pública Argentina. En J. M. Abal Medina y H. Cao, *Manual de la nueva administración pública Argentina*. Buenos Aires: Editorial Ariel.

Bernal, M. (2015). Federalismo, Relaciones Intergubernamentales y Gobierno Multinivel en Argentina a veinte años de la reforma constitucional de 1994. En M. Bernal; C. Pizzolo y A. Rossetti (coord.), *¡Que veinte años no es nada! Un análisis crítico de la reforma constitucional de 1994 en Argentina*. Buenos Aires: Eudeba.

Bernal, M y Pucheta, N. (2017). Implicancias institucionales, políticas y financieras de la ausencia de un Pacto Fiscal en el federalismo argentino. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 36 (pp. 51-74). Recuperado de <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/9349>

Bernal, M. (2018). El federalismo argentino: Entre lo viejo que no termina de regir y lo nuevo que no termina de nacer. En M. Bernal y C. Pizzolo (Ed.), *Modelos para armar. Procesos federales actuales, descentralización del poder y desafíos del gobierno multinivel*. Córdoba: Ed. Astrea y Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba.

Bidart Campos, G. (1996). *Manual de la Constitución reformada*. Buenos Aires: Ediar.

Escolar, M. (2011). Relaciones intergubernamentales, fragmentación política y federalismo ejecutivo. El caso argentino. Trabajo presentado en el *X Congreso Argentino de Ciencia Política: Democracia, integración y crisis en el nuevo orden global. Tensiones y desafíos para el análisis político*. SAAP y Universidad Católica de Córdoba. Córdoba, 27 al 30 de julio.

Friedrich, C. J. (1968). *Trends of federalism in theory and practice*. Londres: Pall Mall.

Hernández, A. M. (2019). *Estudios de federalismo comparado. Argentina, Estados Unidos y México*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

Pontifes Martínez, A. (2002). Relaciones Intergubernamentales. *Gaceta Mexicana de Administración Pública Estatal y Municipal*, N° 65 (pp. 43-59). México: UNAM.

Rezk, E.; Padraja Chaparro, F. y Suárez Pandiello, J. (2011). *Coparticipación impositiva argentina y financiación autonómica española: un estudio de federalismo fiscal comparado*. Buenos Aires: Consejo de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Teijeiro, M. (2009). *El federalismo fiscal*. Disertación ante el Instituto de Ética y Política Económica de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Argentina. Recuperado de <http://www.ancmyp.org.ar/user/files/04Teijeiro.pdf>

Watts, R. (2006). *Sistemas federales comparados*. Barcelona: Marcial Pons.

Jurisprudencia

CSJN, “Provincia de San Luis c/ Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad y cobro de pesos”, 24/11/2015.

CSJN, “Provincia de San Luis c/ Estado Nacional y otra s/cobro de pesos”, 24/11/2015.

CSJN, “Córdoba, provincia de c/ Estado Nacional y otro s/Medida cautelar”, 24/11/2015.

CSJN, “Rivademar, Ángela Martínez Galván de c/ Municipalidad de Rosario”, 1989.

CSJN, “Bazán, Fernando s/ amenazas”, 4/04/2019.

Fecha de recepción: 31-03-2020

Fecha de aceptación: 25-08-2020

Aristóbulo del Valle: hombre de Estado y profesor de derecho constitucional

POR JUAN JOSÉ HERRERO DUCLOUX(*)

Sumario: I. Introducción.- II. Origen familiar. Vida universitaria y soldado voluntario en la guerra de la Triple Alianza.- III. Inicio de su actividad política.- IV. Del Valle senador de la Nación. V. Principales debates en los que participó en el Senado.- VI. Su actuación en la “Revolución de julio de 1890” y como ministro de guerra.- VII. A modo de cierre.- VIII. Bibliografía.

Resumen: Aristóbulo del Valle nació en la ciudad de Dolores, provincia de Buenos Aires, el 15 de marzo de 1845. Fue un destacado abogado de la ciudad de Buenos Aires, y desde joven acompañó a Adolfo Alsina en el Partido Autonomista. Se inscribió como soldado voluntario y por ello participó en la guerra contra la República del Paraguay. Fue diputado y ministro de la provincia de Buenos Aires, donde fue también candidato a gobernador. Fue senador de la Nación por varios períodos. Participó de la Revolución del Parque en 1890, y fue un gran profesor de derecho constitucional en la Universidad de Buenos Aires.

Palabras claves: Aristóbulo del Valle - Partido Autonomista - derecho constitucional

Aristóbulo del Valle: statesman and professor of constitutional law

Abstract: *Aristóbulo del Valle was born in the city of Dolores, Province of Buenos Aires, on March 15, 1845. He was a prominent lawyer in Buenos Aires city, and since*

(*) Abogado, Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Magister en Abogacía del Estado (ECAE, Procuración del Tesoro de la Nación). Prof. Adjunto ordinario Derecho constitucional y Jefe de trabajos prácticos con funciones de Prof. Adjunto Historia Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Prof. del Posgrado de Derecho Administrativo, Universidad Nacional de La Plata (UNLP).

his youth he accompanied Adolfo Alsina in the “Partido Autonomista”. He registered as a volunteer soldier and therefore participated in the war against the Republic of Paraguay. He was deputy and minister of the Province of Buenos Aires, where he was also a candidate for governor. He also served as Senator of the Nation for various periods of time. He participated in the “Revolución del Parque” in 1890, and was a great professor of Constitutional Law at the University of Buenos Aires.

Keywords: *Aristóbulo del Valle - Partido Autonomista - Constitutional Law*

I. Introducción

Resumir la actuación de Aristóbulo del Valle es una tarea de difícil concreción. Ello así, porque el hecho de resumir conlleva el riesgo de la simplificación y la omisión de hechos significativos de su destacada actuación. Aún a riesgo de incurrir en las citadas simplificaciones e involuntarias omisiones, podría decirse, a modo de mera presentación, que del Valle fue un destacado abogado, legislador, político y profesor de derecho constitucional de la Universidad de Buenos Aires. Podría agregársele que fue un hombre de acción, participando como soldado voluntario en la guerra de la Triple Alianza, y como uno de los líderes de la Revolución de 1890. Aun afirmando todo lo expuesto, quedarían varios aspectos sin mencionar de este singular hombre de Estado. A su vez, como las grandes personalidades de la historia, del Valle tuvo grandes maestros, dentro de los cuales cabe mencionar a ilustres hombres que influyeron en sus ideas y pensamiento político, destacándose Domingo Faustino Sarmiento, Adolfo Alsina y Vicente Fidel López.

Tanto en su vida profesional como así en su labor pública, sea como parlamentario a nivel provincial o nacional, como así como ministro del Poder Ejecutivo, así de la Nación como de la provincia de Buenos Aires, siempre se mantuvo apegado a la idea ineludible de poner lo mejor de sí para que nuestro país pudiera gozar de una cultura política verdaderamente democrática, esto es, con estricto respeto a la voluntad popular, a través del sufragio libre y la transparencia de los actos electorarios. Y toda su trayectoria pública y privada estuvo determinada con el apego irrenunciable a un actuar acorde a los principios que emanan de la ética republicana. No fue el único de su generación que actuó de esa manera, pero indudablemente fue uno de los hombres más destacados y preclaros.

II. Origen familiar. Vida universitaria y soldado voluntario en la guerra de la Triple Alianza

Aristóbulo del Valle había nacido en 1845, en Dolores (Buenos Aires), desde donde su padre, el coronel del Ejército Nacional, Narciso del Valle, operaba con las tropas a su mando al sur del Salado en la cruenta lucha contra el indio de la

pampa, a cuyos hombres de lanza venció en Calcu-Calén, Tandil y Tapalqué. Narciso del Valle era santafesino del 1800, integrando a los doce años el Batallón de Infantería de Entre Ríos; más tarde, como alférez se desempeñó en los Húsares de la Muerte, siendo ayudante de Francisco Ramírez; ascendido a sargento mayor en 1821, actuó en Buenos Aires en el 7º Regimiento de Caballería, a las órdenes de Martín Rodríguez. A los veintinueve años alcanzó el rango de coronel y fue por dos veces edecán de Rosas, a quien, en 1839, propuso la creación del partido de Lobería (Abad de Santillán, 1963, p. 300).

Aristóbulo del Valle inició la carrera de abogacía en la Universidad de Buenos Aires. Pero, y tal como lo hicieron muchos civiles de su generación, interrumpió sus estudios universitarios para alistarse en calidad de voluntario para luchar en el Paraguay. Para ello, del Valle se ofreció en uno de los batallones de infantería formados en Buenos Aires.

Como es sabido, esta contienda bélica contra el Paraguay significó y fue la causante de otra división ideológica y política entre porteños y provincianos. Así, mientras que en Buenos Aires cundió el entusiasmo y apoyo a la lucha *contra el tirano López*, en el interior del país la mayoría de su población no estaba dispuesta a guerrear contra el pueblo paraguayo, al que consideraban hermano. Es muy conocida la deserción masiva de reclutas en Entre Ríos, pese a las amenazas de fusilamiento por parte de Urquiza (1).

Como se expresó con anterioridad, muchos jóvenes porteños se inscribieron y luego participaron como soldados voluntarios combatiendo en esta cruenta guerra. Así, fueron voluntarios civiles, además de Aristóbulo del Valle, Dardo Rocha, Amancio Alcorta, Leandro Alem, Ignacio Fotheringham, Francisco Bosch, Pedro y Miguel Goyena, Eduardo Wilde, Aristóbulo del Valle, Carlos Pellegrini, Manuel Campos, Pascual Beracochea, y Luis Basail, entre otros. De estos jóvenes, tiempo más tarde, abrazaron la carrera militar en forma definitiva Fotheringham, Bosch y Campos, logrando las más altas jerarquías en el Ejército Nacional; por su parte varios de los otros soldados voluntarios citados, años después accedieron a importantísimas responsabilidades políticas e institucionales (Orsi, 1994, p. 23).

(1) En sentido contrario, esta guerra fue muy criticada en las provincias y provocó que se rebelaran los últimos caudillos federales del interior, entre ellos el catamarqueño Felipe Varela, quien manifestó: "Ser porteño es ser ciudadano exclusivista y ser provinciano es ser mendigo sin patria, sin libertad, sin derechos. Esta es la política del gobierno de Mitre. Soldados Federales, nuestro programa es la práctica estricta de la Constitución jurada, el orden común, la amistad con el Paraguay y la unión con las demás repúblicas americanas" (Galasso, 1975, p. 50).

III. Inicio de su actividad política

A su regreso del frente de combate, del Valle se graduó de abogado y, atraído por el carisma y el creciente prestigio de Adolfo Alsina —quien había incorporado a los cuadros de su partido, con generosidad hasta entonces desconocida, a figuras de antigua militancia en la Confederación, como Bernardo de Irigoyen, Adolfo Insiarte y Octavio Garrigós—, del Valle ingresó a las huestes del Autonomismo, contemporáneamente con Leandro Alem, provenientes ambos de hogares de notoria filiación federal. Es que, con palabras de Saldías, hijo de familia unitaria, Alsina “con una ecuanimidad digna de un político de alto vuelo, había cavado la fosa en que enterró el pervertido principio del ostracismo y del olvido a que los gobiernos condenaban a sus adversarios” (Saldías, 1910, p. 221).

Fue diputado constituyente en la histórica Convención Constituyente de la provincia de Buenos Aires en el año 1870, probablemente uno de los congresos más recordados de la historia nacional, sea por los hombres que participaron en el mismo, como así por las sólidas instituciones creadas, lo que incluyó un novedoso sistema de control de constitucionalidad de carácter mixto (2), anterior al ideado por Chioyenda o por la Constitución austríaca de Kelsen del año 1920.

Tan solo con carácter meramente enunciativo puede ser mencionado que en esa Convención participaron los convencionales Juan María Gutiérrez, Manuel Quintana, Adolfo Alsina, Ramón Muñiz, Juan José Romero, Luis Sáenz Peña, Emilio Alvear, Eduardo Costa, Carlos D’Amico, Bernardo de Irigoyen, Dardo Rocha, Mariano Acosta, Rufino de Elizalde, José Evaristo Uriburu, Luis V. Varela, Bartolomé Mitre, Delfín Huergo, Norberto de la Riestra, Juan José Montes de Oca, entre otros. Aristóbulo del Valle, indudablemente, tuvo el honor de compartir banca con estos grandes hombres que dio la república, de los cuales, indudablemente, supo aprender (Varela, 1920, p. 10).

Luego fue elegido como diputado provincial, en el año 1872, conjuntamente con Lagos García, Quirno Costa, Alem y Pellegrini. Dos años después, Alsina auspició las candidaturas a diputados nacionales de Pellegrini, del Valle y Alem, quienes luego de obtener su banca, juraron entre los meses de julio y agosto de 1874.

Del Valle posteriormente renunció como diputado nacional para hacerse cargo del Ministerio de Gobierno durante las gestiones al frente de la gobernación bonaerense del coronel Álvaro Barros, en primer lugar, y luego de Carlos Casares. Los diarios *La Nación* y *La Prensa* atacaron al gobernador Casares, criticando a su gabinete. El Diario “El Nacional” asumió la defensa del ministro del Valle en los

(2) En la actualidad este sistema se encuentra vigente y está previsto en el artículo 161 inciso 1° de la Constitución de la provincia de Buenos Aires.

siguientes términos: “El Dr. del Valle en el corto período que desempeñó el ministerio del señor Barros en momentos difíciles, ha mostrado el talento del estadista, el celo infatigable del hombre de gobierno (...)” (Del Valle, 1955, p. 17).

IV. Del Valle senador de la Nación

En 1876 la Asamblea Legislativa de la provincia de Buenos Aires eligió a Del Valle senador nacional para que la representara, tal como lo preveía el antiguo artículo 46 de la Constitución Nacional de 1853/60. En tal condición, a Del Valle le tocó presidir el Senado de la Nación durante varios meses del año 1880 y allí se destacó como una de “las más notables personalidades de la oratoria parlamentaria” (Abad de Santillán, 1963, p. 299).

Juró el día 3 de mayo de aquel año y también reabrió su estudio jurídico con su gran amigo Mariano Demaría. En 1877, a instancias del Partido Autonomista de Adolfo Alsina, fue el candidato a gobernador por dicho sector político, contando con el apoyo de ilustres argentinos como lo fueron Sarmiento, Alem e Hipólito Yrigoyen. En dicha elección triunfó la fórmula Carlos Tejedor-José María Moreno por sobre la integrada por Del Valle y Leandro Alem.

Para fines del año 1877 falleció el Dr. Adolfo Alsina, entonces ministro de guerra de la Nación. Esta prematura muerte produjo, por un lado, la lamentable pérdida de un enorme líder popular aún joven y, por otro, un duro golpe para esta nueva generación de políticos que acompañaban a Alsina e iban creciendo a su lado. Cabe consignar que todo indicaba que Adolfo Alsina iba a ser el candidato presidencial por el oficialismo para las elecciones a llevarse a cabo en 1880. En dichos comicios finalmente resultó electo como presidente de la Nación el general Julio A. Roca, quien al momento de ser electo era ministro de guerra del presidente Avelleda, justamente el lugar que ocupaba Alsina al momento de fallecer.

Aristóbulo del Valle, como senador de la Nación, pasó a integrar la Comisión de Negocios Constitucionales de la cámara alta. Su vocación por la defensa de la voluntad popular y la transparencia en los actos eleccionarios lo llevaron a apoyar las intervenciones de las provincias de Salta y Corrientes, sucedidas en los años 1877 y 1878, respectivamente; mientras tanto, en pos de un desarrollo más igualitario entre las provincias, propició la ayuda a una empresa que iba a encargarse de la perforación de pozos de agua potable en la provincia de Catamarca, como así también apoyó la introducción de la ganadería en Tierra del Fuego, entre otras importantes iniciativas.

En julio de 1878, haciendo uso de sus conocimientos y experiencia en materia pedagógica, participó en la discusión de los planes de estudio de la Universidad de Córdoba. En este mismo sentido, en septiembre del mismo año se dedicó al

estudio de un proyecto referido al Colegio Nacional de Buenos Aires. Poco tiempo después, con el objetivo de difundir el conocimiento por parte de la ciudadanía del sur de nuestro país, presentó un proyecto para que el Senado comprara 500 ejemplares de la obra titulada *Viaje a la Patagonia Austral*, de Francisco P. Moreno, como así también 250 ejemplares del libro *Viaje al País de los Tehuelches y Exploración de la Patagonia Austral*, de Ramón Lista (Del Valle, 1955, p. 20).

Para 1879 se agudizó la lucha por la próxima elección presidencial. El antiguo autonomismo, al no contar con Adolfo Alsina, se terminó disgregando, subdividiéndose en dos ramas. La primera, liderada por Alem, apoyó a Bernardo de Irigoyen, mientras que la otra sostuvo la candidatura de Sarmiento. Esta última agrupación, “de temperamento más radical, descontenta por la efímera conciliación pactada en 1877 con el partido de Mitre, se había separado del núcleo y conformó el pequeño pero brillante partido Republicano, que dirigió el Dr. Aristóbulo del Valle” (Matienzo, 1916, p. 111).

Finalmente, el día 11 de abril de 1880 se llevaron a cabo las elecciones, en las cuales Avellaneda apoyó sustancialmente a su ministro de guerra, el general Julio A. Roca. La candidatura de Carlos Tejedor, a la sazón gobernador de Buenos Aires, solo venció en esta última provincia y en Corrientes. El resto del país apoyó a Roca. No aceptando Buenos Aires el resultado de las elecciones, tuvo inicio una guerra civil y Del Valle se solidarizó con Avellaneda, presidiendo el Senado desde la entonces localidad de Belgrano.

Sarmiento, que no pudo alcanzar su sueño de una segunda presidencia, renunció a la dirección del *Nacional*, siendo reemplazado por Del Valle y Miguel Cané. Ahora sí, el viejo Partido Autonomista se dividió definitivamente, estableciéndose el Partido Autonomista Nacional, del cual del Valle fue parte integrante, al igual que Alem; pero, poco tiempo después, Leandro Alem terminó renunciando a aquel partido.

Durante el período en que Del Valle presidió el Senado, esto es, desde el 18 de mayo hasta el 14 de octubre de 1880, se planteó y posteriormente se dispuso la federalización de Buenos Aires. Aquí sí hubo posiciones diametralmente opuestas con su amigo y correligionario Leandro Alem.

Durante el extenso tiempo que ocupó su banca en el Senado, Del Valle tuvo como una de sus máximas preocupaciones el riesgo que implicaba la existencia de gobiernos demasiado fuertes, auspiciando, por tal razón, la descentralización política y el establecimiento de un régimen electoral democrático, debidamente organizado para todo el territorio de la Nación. Téngase en cuenta que esta importante década de la historia nacional, en términos políticos, se caracterizó por el intento de cumplir con el plan trazado por la generación de Caseros, especialmente

lo vinculado con el desarrollo económico del país, postulado en el entonces artículo 67 inciso 16 de la Constitución Nacional.

Indudablemente, tanto al capital extranjero como así a los inmigrantes que iban llegando se les intentó brindar las mayores garantías para que pudieran estar seguros en nuestro país, y así sucedió. Cabe aclarar que este período coincide con un gran desarrollo alcanzado por parte del capitalismo europeo, el cual estaba dispuesto a invertir afuera de sus límites geográficos. Los países que lideraban ese fenómeno eran Alemania, Francia e Inglaterra y los Estados Unidos de América en nuestro continente. Se vivía lo que Hobsbawm denominara “la era del Imperio” (Hobsbawm, 2014).

Debido a esta *segunda revolución industrial*, Europa estaba necesitada de materias primas destinadas a la alimentación de la población, como así también para sus industrias. Esa misma dinámica económica exigía la necesidad de encontrar mercados donde vender y ubicar los excedentes de sus producciones.

Fue, pues, en este período en el que se vieron favorecidas las condiciones para que Argentina se incorporara plenamente a este sistema internacional de comercio en forma exitosa, esto es, como exportadora de productos agrícola ganaderos y como importadora de productos ya industrializados. Todo este panorama también produjo que nuestro país se tornara una interesante plaza para la colocación de activos financieros.

Esta coyuntura generó el desafío de ubicar a nuestro país dentro del engranaje del sistema económico mundial. Pero el mismo entrañaba riesgos, toda vez que la manera en que se iba a implementar y regular la participación de nuestro país en los mercados mundiales determinaría el éxito o no de esta empresa. En otras palabras, podía generar el desarrollo y progreso de la Nación, o el riesgo no menor de convertirnos en colonia desde el punto de vista económico.

En este sentido, Aristóbulo del Valle fue un ferviente liberal, pero defensor de un capitalismo nacional con particularidades propias. En cuestiones económicas se opuso a la apertura indiscriminada de las barreras aduaneras, lo que consideraba peligroso. Defensor del desarrollo ganadero y de la agricultura, entendió que no alcanzaba con exportar materias primas, sino que auspiciaba el desarrollo de actividades industriales en nuestro país. De ahí se comprende que, junto a Domingo Faustino Sarmiento, en el lanzamiento del Partido Autonomista Nacional afirmara que nuestro país necesitaba promover sus industrias, que “lo iban a emancipar del dominio económico del extranjero” (Del Valle, 1955, p. 25).

Pero, lamentablemente, en aquel momento buena parte de la dirigencia política y económica se preocupó simplemente en acomodarse e intentar sacarle el

mayor provecho a este orden económico. Y aquí la labor ejemplar de Aristóbulo del Valle fue muy relevante, apoyando los proyectos que él consideraba beneficiosos, pero también advirtiendo con su persuasiva palabra los peligros que este ingreso descontrolado de capitales podría llegar a provocar, llegándose al extremo de que en muchos emprendimientos de carácter privado el propio Estado Nacional era el garante de un mínimo de ganancias.

Del Valle no solo denunció los riesgos de esta forma de capitalismo en el ámbito del Senado de la Nación, sino también lo hizo a través de su vigorosa pluma en el periódico *El Nacional*, que dirigía, tal como fuera expresado con anterioridad, conjuntamente con Migué Cané.

Respecto a la cuestión capital de la República, si bien defendió la federalización de Buenos Aires y hasta le tocó presidir la sesión en la que se sancionó la ley N° 1029, nunca fue —tal como será expuesto más adelante— un representante genuino de esta generación defensora de la gran burguesía terrateniente que se acababa de afianzar en nuestro país, sino que, con Alem, Demaría e Hipólito Yrigoyen —entre otros— constituyeron la representación más acabada de la población urbana y rural democrática y nacionalista.

Esta diferenciación produjo rápidamente un quiebre del propio Partido Autonomista Nacional en el gobierno, hasta llegar a producirse una ruptura, de manera tal que los elementos más democráticos pasaron a ser parte de la oposición.

En lo que se refiere a su labor parlamentaria participó en importantísimos y encendidos debates que tuvieron lugar en aquella década de 1880, muchos de los cuales ostentan plena vigencia. Y esta vigencia no tiene que ver directamente con los temas puestos a consideración, discutidos y posteriormente aprobados, sino a cuestiones vinculadas al bien común, al control presupuestario, a la honradez de sus gobernantes, a la transparencia en los comicios, como así también a la austeridad en el manejo de la cosa pública. Estos debates también involucraban a cuál sistema federal el país iba a adherir; a garantizar la salud y salubridad pública para todos los habitantes; a la separación cívica entre el Estado y cualquiera sea de las confesiones religiosas que pudieran existir; como asimismo a la defensa irrestricta de la persona humana y su intrínseca dignidad, entre otros temas en los que Del Valle supo hacer llegar su voz, aún a riesgo de quedarse solo y aislado en sus posiciones.

Gran denunciador del derroche y de la corrupción pública, se opuso al otorgamiento de concesiones de ferrocarriles con garantía (tal como veremos a continuación), como así también a la creación de bancos garantidos y las emisiones clandestinas, todos emprendimientos que, a la postre, condujeron a la gravísima crisis de 1890 que Del Valle supo anticipar y advertir a sus conciudadanos (para

luego pasar a ser un directo protagonista de la revolución llevada a cabo en julio de aquel año).

Tampoco dejó de luchar a través de su persuasión y su valorada palabra en pos del desarrollo de las comunicaciones y el transporte en la República Argentina. También fue un enorme tribuno a favor del acceso a la tierra y en contra de los latifundios creados en forma arbitraria luego de la llamada “conquista del desierto”.

Cabe aclarar que Aristóbulo del Valle desempeñó el cargo de senador nacional por la provincia de Buenos Aires durante dos períodos seguidos, solo siendo su labor interrumpida cuando en marzo de 1885, a bordo del barco inglés *Tagus*, junto a Pellegrini viajaron a Europa, acompañados por sus esposas; en dicho barco viajó también con su familia el coronel Ignacio Fotheringham.

A su regreso, Del Valle fue nominado nuevamente como senador de la Nación, comenzando una vigorosa oposición contra el gobierno de Juárez Celman, “el marido de la hermana de su señora”, como mordazmente Sarmiento le endilgaba a Roca el escaso merecimiento del cordobés (Orsi, 1998, p. 98).

V. Principales debates en los que participó como senador de la Nación

A partir de ahora me ocuparé de alguno de los temas que se discutieron en la década del 80 en los que Del Valle alzó su poderosa voz, sea apoyando o proponiendo el rechazo de distintos proyectos. Si bien fue muy prolífera su actuación como legislador, centraré mi atención solo en algunos proyectos en cuyos debates supo participar. En primer lugar, sobre la construcción y concesión del servicio de ferrocarriles; luego, sobre su posición a favor de la democratización del acceso a las tierras públicas; en tercer lugar, respecto de la conquista de tierras que se encontraban bajo el dominio de los pueblos originarios; luego, sobre su postura en el debate sobre el proyecto de matrimonio civil. Claramente podrían abarcarse otros temas debatidos, pero, en honor a la brevedad, podría quedar el estudio de los mismos para otra oportunidad.

V.1. Construcción y concesión del servicio de ferrocarriles

La Constitución Nacional de 1853/60 en dos oportunidades hacía referencia a la necesidad de establecer vías férreas a lo largo y a lo ancho del país (3), y esto no podía hacerse en aquel momento sin la experiencia europea. Ahí nació el primer

(3) Artículos 67 inc. 16 y 108 de la Constitución Nacional de 1853/60. Actual artículo 75 inc. 18 y artículo 125.

ferrocarril argentino, “el del oeste”, el cual fue construido gracias a fondos de la provincia de Buenos Aires, pero con tecnología del viejo continente.

El escaso capital privado nacional se volcó a la segura inversión agrícola ganadera, razón por la cual la puesta en marcha de líneas de ferrocarriles quedó a cargo del Estado nacional, pero apoyado por el crédito del exterior, o directamente del capital extranjero.

Indudablemente, a partir de la década de 1880 se inició la construcción e instalación en forma masiva de vías para los ferrocarriles y la importación a gran escala de locomotoras de origen británico. Aristóbulo del Valle, como hombre de progreso entusiasta de la modernidad, apoyó todas las leyes cuyo objeto era el diseño y puesta en funcionamiento de este importante vehículo de comunicación. Tampoco puso reparos en la concesión de algunos ramales a capitales privados de origen extranjeros, no obstante lo cual, deseaba la presencia de empresas nacionales que pudieran encargarse de ello. La prueba más contundente de su postura se advirtió cuando en el año 1872 se opuso al traspaso a manos privadas del ferrocarril del oeste, entonces perteneciente a la provincia de Buenos Aires.

En lo que se refiere a las concesiones de los servicios ferroviarios, manifestó su oposición a ciertos abusos contenidos en la mayor parte de esos marcos legales, como así también mostró su rechazo a los compromisos en oro que el Estado contraía con estas empresas extranjeras. Al respecto, Del Valle anticipó lo que años después iba a ocurrir: la entrega a los acreedores externos de las empresas nacionales y provinciales, pero a través de nuevos créditos contraídos que endeudarían más aún a la Nación (del Valle, 1955, p. 154 y ss.).

Durante este período, tal como fuera anticipado, se impuso el modelo de “concesiones garantizadas”, con el objeto de incentivar la extensión del trazado de líneas férreas. A través de esta modalidad, a los inversores se les garantizaban ciertas ganancias, que, de no cubrirse con lo que recaudaran a través de la venta de boletos para el traslado de personas o el flete de mercaderías, el Estado iba a ser el que pagara la ganancia estipulada a la empresa concesionaria. Esto claramente dio lugar a enormes abusos por parte de estas empresas. De allí que del Valle denunciara estos negociados, a través de los cuales, en no pocas oportunidades, se incrementaban artificialmente los montos del capital invertido, a los efectos de ampliar los márgenes de ganancias garantizadas por ley.

En este sentido, al debatirse la concesión para la prolongación del ferrocarril del este entrerriano, si bien Del Valle no se opuso al contrato en sí, mostró una férrea postura en contra de la garantía que el Estado Nacional otorgó. También se mostró contrario a que se entregaran tierras a los concesionarios, lo que calificaba como un privilegio absurdo que iba a dar lugar a muchos latifundios improductivos.

También rechazó que muchos contratos de concesión lo fueran por tiempo indeterminado, en el convencimiento de que, después de un tiempo, los ferrocarriles privados debían pasar totalmente a propiedad del Estado.

En 1886 se discutió el proyecto de concesión a la empresa “Bustamante y CIA” para la construcción de un ferrocarril de Buenos Aires al sur de Chile, por el paso de Antuco. La importancia era incuestionable, por ello del Valle apoyó el proyecto, toda vez que se trataba de unir el Atlántico con el Pacífico; pero denunció que detrás de cada concesión había un negociado ruinoso para la Argentina, advirtiendo que “ya se ha gravado de tal manera al país que se ha comprometido su crédito y su progreso futuro” (Del Valle, 1955, p. 176).

En 1888 puso en conocimiento la corrupción a la que recurrían ciertos empresarios y concesionarios para obtener el favor del Congreso de la Nación, denunciando públicamente del Valle que a él en persona le habían ofrecido 10.000 libras esterlinas para que apoyara el proyecto por el cual se suprimía una cláusula de una concesión ferroviaria ya otorgada (Del Valle, 1955, p. 32).

V.2. Reparto de tierras públicas

En su actuación parlamentaria, como fuera ya manifestado, apoyó y promovió todas las ideas de progreso. Por eso no le podía pasar inadvertido el problema de la tierra. Argentina vivía años de gran desarrollo en la actividad agropecuaria y ganadera. Empezó a colonizarse la tierra, habiendo sido el ferrocarril un vehículo fundamental para esos cometidos (4).

A ello se le debe sumar la llegada masiva de inmigrantes, quienes arribaban en razón de la manda establecida en el Preámbulo y en los artículos 25, 67 inciso 16 y 108 de la Constitución Nacional, que fuera reglamentada durante el gobierno de Avellaneda por medio de la ley 817. Los extranjeros que venían a nuestro país claramente comenzaron a buscar tierras sobre las cuales se iban a establecer. Por la importancia fundamental que poseía esta cuestión, del Valle iba a ocuparse de la misma. Lamentablemente el sueño de la tierra propia fue quimérico para muchos argentinos e inmigrantes debido a la existencia de enorme cantidad de leguas de campo en pocas manos, lo que obligó a la mayoría de la población rural a trabajar la tierra ajena. Tan solo una pequeña porción de la población logró ser dueño de la tierra que trabajaba.

(4) Una vez más, la “Cláusula de Progreso” insertada en el artículo 67 inciso 16 de la Constitución fue la norma por la cual se fundó el fomento del desarrollo de estos emprendimientos.

Este proceso negativo se profundizó aún más con la llamada *conquista del desierto*, toda vez que pocas manos se quedaron con enorme cantidad de campos fértiles a través de la apropiación de tierras de dominio público, las cuales, en muchos casos, ni siquiera eran trabajadas. Sucedió lo que había anticipado Sarmiento, quien había expresado que “en un país despoblado el inmigrante no tiene un pedazo de tierra donde colocar sus petates” (Del Valle, 1955, p. 35).

Cuando en 1880 se discutieron los premios militares que el entonces oficialismo entendió que debían darse al ejército que llevó a cabo la ocupación del denominado “desierto”, tomó la palabra Sarmiento, entonces senador por la provincia de San Juan. Allí el ilustre sanjuanino pronunció un extenso discurso analizando las deficiencias que ofrecía el proyecto. Entre otras cosas, calificó a los militares como “ejército expedicionario”. Tan fuerte y cierto fue lo que el denominado “padre de las aulas” denunció, que Aristóbulo del Valle, en su condición de Presidente del Provisional del Senado propuso que el despacho volviese a comisión, donde “sería cubierto por telarañas” (Orsi, 1994, p. 234).

Este proyecto recién volvió a ser presentado para luego ser aprobado en 1885, cuando Sarmiento ya no era senador, y Del Valle se encontraba de viaje por Europa. Fue aprobado bajo el número de ley 1628 y promulgado por el presidente Roca el día 5 de septiembre de 1885. Roca, casualmente, era uno de sus beneficiarios.

El problema de la tierra era de una importancia fundamental y Del Valle lo comprendía. Pues, a pesar del reparto indiscriminado de tierras dentro de una elite, para el año 1888 aún existían disponibles más de ciento cinco millones de hectáreas aptas para la agricultura, la ganadería o la explotación forestal.

Indudablemente esta década fue un período histórico de acaparamiento de las tierras públicas por parte de pocas familias patricias y de algunos extranjeros, razón por la cual Aristóbulo del Valle se opuso a esta oprobiosa situación. Su postura era conteste con sus ideas maduradas varios años antes. Por ejemplo, en el programa del “*Club 25 de mayo*”, fundado en 1869 junto a Alem, en su artículo 7 se denunciaba que “La rebaja del precio de la tierra pública, y que sólo está al alcance de los poderosos en perjuicio del progreso de la provincia”. Desde ese entonces creyó que la tierra debía pertenecer a quien la trabajara (del Valle, 1955, p. 37).

Y esto lo puso de manifiesto expresamente cuando, aun perteneciendo en ese momento al bloque oficialista, se opuso al proyecto de Roca de enajenar 40.000 leguas que constituían la reserva territorial de la república. Cabe agregar que, pese a su oposición, dicho proyecto fue aprobado. Aclaro que este tipo de proyectos fueron una constante durante la década de 1880. Sostuvo Del Valle que no era ventajoso para el país el sistema de concentración de inmensas zonas de tierras en

pocas manos, y menos aun cuando en muchos casos sus propietarios no eran personas físicas, sino sociedades, varias de las cuales con domicilio en el extranjero.

Del Valle sostuvo que “la lección es antigua, es la lección de la decadencia de Roma; fueron los grandes feudos los que perdieron Italia”, citando a Plinio el Joven (del Valle, 1955, p. 40).

V.3. Ocupación de la región chaqueña

En la sesión del día 26 de junio de 1884, siempre como senador de la Nación, Aristóbulo del Valle votó en contra del proyecto enviado por el titular del Poder Ejecutivo, el presidente Julio A. Roca, por el que se establecía la necesidad de ocupar militarmente a la región chaqueña. Esta cuestión claramente involucraba directamente a los ahora denominados “pueblos originarios”, tal como será referido en los párrafos siguientes.

Si bien Del Valle estaba de acuerdo con que lo que se denominaba *acción civilizadora*, propia del pensamiento reinante en esa época, a través de la cual se consideraba como algo deseable el desplazar y ocupar militarmente las tierras que los pueblos nativos habitaban, se opuso firmemente al proyecto del Poder Ejecutivo. Sostuvo para fundar su negativa que había sido elocuente la manera sangrienta en que se había llevado a cabo, años antes, la *conquista del Desierto*, esto es, la Patagonia.

Serán transcriptas algunas citas del discurso pronunciado por Aristóbulo del Valle, a través de las cuales fundó su negativa al proyecto oficial por el cual se proponía llevar a cabo la campaña militar al norte de nuestro país.

Puso en conocimiento que iba a votar en contra de este proyecto oficialista, no obstante lo cual, a tenor de la filosofía positivista que estaba en boga en aquel período histórico en nuestro país, afirmó que “no hay quien niegue en nuestros tiempos el derecho con que la civilización desaloja la barbarie y la somete a su gobierno”. También, en ese mismo orden de ideas, sostuvo que partía de la premisa a través de la cual resultaba conveniente y justificado que los pueblos “civilizados” debían dominar los territorios que se encontraban en manos de poblaciones consideradas por aquella generación como “salvajes” —*sic*—, fundado en “una razón de conveniencia universal, que está incorporada también al derecho universal” (Del Valle, 1955, p. 145).

Pero, agregó del Valle, que, si bien estaba convencido de las premisas antes expuestas, “(...) frente a ese principio, incorporado al derecho público de todas las naciones, existen otras no menos respetables”. Y he aquí la porción de su discurso donde mostró toda su sensibilidad y respeto al prójimo en su condición de

personas: “Los autóctonos, los aborígenes, los nativos de un territorio son seres humanos, cualquiera que sea el estado de su civilización, y tienen, cuando menos, el derecho de vida, que no se desconoce ya ni en los seres irracionales, puesto que se forman sociedades para protegerlos en sus vidas y hasta en sus comodidades” (Del Valle, 1955, p. 145).

De tal forma, entendió Del Valle que el supuesto derecho de “las naciones civilizadas” a que conquisten las tierras y, de esta forma, introducir “la civilización”, debía hacerse a través de medios pacíficos y sin el uso de armas.

Consideró que la conquista de América del Sur había sido realizada bajo principios que no se ajustaron de modo alguno a la regla antes expuesta, esto es, de manera respetuosa de la vida y dignidad de los pueblos, sino que “la América del Sud, fue conquistada a sangre y fuego”. Agregó que no ignoraba ni desconocía “los medios cristianos y civilizados que se emplearon para ayudar la acción de las armas, pero si digo, que, en aquella conquista, predominó la acción de las armas, sobre los medios pacíficos y civilizadores de convicción y de propaganda (...)” (Del Valle, 1955, p. 145).

Téngase en cuenta que, tal como fuera expuesto al comienzo del presente trabajo, el padre de Aristóbulo, Narciso del Valle, había combatido en la frontera sur de la provincia de Buenos Aires, bajo la dirección de Martín Rodríguez, y posteriormente, en 1831, hizo lo propio durante el gobierno de Juan Manuel de Rosas, oportunidad en la que se enfrentó con los valientes y valiosos caciques que dominaban las tierras que entonces se conocían como “el desierto”. Es más, Narciso del Valle murió en el llamado “Fuerte Independencia” en el año 1849 (Abad de Santillán, 1963, p. 300).

De tal manera, Aristóbulo del Valle, a través de su propio padre, tuvo la oportunidad de conocer de primera mano lo que significaba luchar contra los nativos, pero también el respeto que estos en su condición de seres humanos merecían.

Explicó Del Valle en este singular debate parlamentario que la disputa llevada a cabo contra los pueblos originarios en lo que entonces era nuestro territorio nacional tenía, a esa altura, más de tres siglos de existencia y que esa guerra habría producido que los campos estuvieran desolados y que la riqueza se encontrara destruida, todo lo cual provocó que el progreso terminó siendo postergado.

Y he aquí la parte, según mi entender, más importante de esta intervención parlamentaria, cuando sostuvo que “no tenemos de qué felicitarnos, y de qué desligar mucho la responsabilidad de nuestros hombres civilizados por los medios de defensa de que hemos echado mano: para contrarrestar el exterminio hemos contestado con el exterminio, al incendio con el incendio, al cautiverio con el

cautiverio (...)" A este panorama desolador expuesto por un testigo privilegiado de aquella época, agregó que

(...) En nuestros propios días hemos sido testigos de un espectáculo que, tal vez, es el único producido en nuestros tiempos. Hemos reproducido las escenas bárbaras (no tienen otro nombre), las escenas bárbaras de que ha sido teatro el mundo, mientras ha existido el comercio civil de los esclavos. Hemos tomado familias de los indios salvajes, las hemos traído a este centro de población, donde todos los derechos parece que debieran encontrar garantías, y no hemos respetado en estas familias ninguno de los derechos que pertenecen, no ya al hombre civilizado, sino al ser humano; al hombre lo hemos esclavizado, a la mujer la hemos prostituido; al niño lo hemos arrancado del seno de la madre; al anciano lo hemos llevado a servir como esclavo a cualquier parte; en una palabra, hemos desconocido y hemos violado todas las leyes que gobiernan las acciones morales del hombre (del Valle, 1955, p. 146).

También sostuvo que centenares de familias fueron "despedazadas y parece que no hubiéramos sentido como dolor humano al ver al hijo separado de su padre, a las criaturas abandonadas que han perdido todos los vínculos del hogar en la tierra, para encontrarse en estas condiciones de siervos en una sociedad libre" (Del Valle, 1955, p. 146).

Consideró del Valle en esta extensa alocución que de la desagradable escena antes descrita fue testigo toda la ciudadanía, y lo que consideraba peor aún, "ha contado con la complicidad de la opinión de la mayoría del país". No obstante ello, sostuvo que "nunca es tardía la palabra de protesta que se puede levantar contra un abuso semejante" (Del Valle, 1955, p. 147).

Afirmó del Valle que la campaña militar planificada al Chaco no obedecía a la supuesta necesidad de ir ocupando el territorio nacional, sino que iba a ser hecha (y sabemos lo que significa ocupar militarmente un territorio en nuestro país) en una porción territorial en la que, según su opinión, no había necesidad de poblar.

Continuó sosteniendo que la experiencia indicaba que la ocupación por parte del Estado Nacional de los territorios ubicados en el sur argentino de ninguna manera significó que la población argentina haya aumentado en dichos lugares. También entendió que, pese a todo el esfuerzo realizado, nuestro país seguía siendo de los más despoblados del mundo, "y quizás a esta despoblación se debe la mayor parte de los inconvenientes en que hemos luchado en nuestro desenvolvimiento nacional" (Del Valle, 1955, p. 147).

Ahí del Valle interrogó “¿y es en nombre de la necesidad de entregar al poblador civilizado estos terrenos, que se abre esta nueva campaña contra los indios del Chaco, precisamente los indios más inofensivos?” (Del Valle, 1955, p. 147).

En la parte final de su encendido discurso criticó muy duramente la forma en que se emprendieron las campañas contra los antiguos pobladores de la actual Patagonia argentina; y preguntó si la manda constitucional entonces vigente (5) se planeaba llevarla a cabo “¿(...) por medio de soldados y batallones que iban a sorprender las tolderías donde se encuentran, arrasarlas y matar los hombres y traer cautivas a las mujeres y a los niños? ¿Es eso lo que vamos a hacer en el Chaco, hoy? ¿Lo vamos a hacer en nombre de una necesidad del país y en cumplimiento del precepto de la Constitución?” (Del Valle, 1955, p. 147).

Concluyó afirmando que, lejos de hacer una campaña militar similar a la llevada a cabo en el sur de nuestro país, lo que debía emprenderse, a todo evento, era una “cruzada civilizadora” para que los pobladores del Chaco sean hombres pacíficos y trabajadores (Del Valle, 1955, p. 148).

De esta forma completaba esta pieza magistral de oratoria, en la cual denunció la atrocidad del modo en el que se había producido la conquista del desierto. Estos temas poseen plena actualidad, a tenor de lo previsto en el Convenio de la O.I.T. Número 169 del día 27/6/1989; artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional (CN), y artículo 18 del Código Civil y Comercial (ley 26.994).

V.4. Ley de matrimonio civil

Este debate tuvo lugar durante el tratamiento en particular del proyecto de ley de matrimonio civil, en la sesión ordinaria del día 20 de septiembre de 1888.

Claramente Aristóbulo del Valle se ubicaba políticamente en las antípodas del gobierno de Miguel Juárez Celman. No obstante ello, tal como él mismo lo explicara en el discurso, su posición contraria al Poder Ejecutivo no era impedimento para que —por una cuestión de conciencia y honestidad intelectual— pudiera del Valle coincidir y apoyar proyectos en los cuales, según sus convicciones, estuviera a favor. Y ello, reitero, independientemente de quién se encontrara al frente del gobierno o quién auspiciara un determinado proyecto de ley.

Hecha esa aclaración, durante el debate del proyecto de Ley de Matrimonio Civil sostuvo del Valle que “colocado por mi posición política, tan lejos del Poder

(5) Constitución Nacional 1853/60, “Artículo 67. Corresponde al Congreso (...) Inciso 15: Proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conservación de ellos al catolicismo”.

Ejecutivo que ha iniciado este proyecto, levantada la oposición a su iniciativa, necesito explicar por qué yo, senador de la oposición, he concurrido a la sanción del proyecto del Poder Ejecutivo, y dejar establecido que obedezco a convicciones serias y arraigadas, que felizmente nada tienen que ver con la política” (1922, p. 89).

Por obvias razones, en este debate se mezclaron discusiones de carácter religioso, abriéndose dos grupos bien diferenciados: por un lado, el que del Valle denominó “escuela espiritualista, cristiana y católica” y, por el otro, la escuela “liberal, positivista, que estaba representada por los sostenedores del proyecto”.

En esta histórica discusión parlamentaria tomó la palabra a favor de la defensa del proyecto oficial el ministro del interior Eduardo Wilde, quien fue el principal autor de dicha iniciativa. Aristóbulo del Valle sostuvo que Wilde, por aplicación del método inductivo, solo aceptaba los hechos que se pudieran demostrar, negándose a todo lo que no fuera susceptible de demostración científica.

Del Valle, a través de una extensa y fundada pieza de oratoria en la cual repasó en términos muy minuciosos las dos alusiones que en el Antiguo Testamento de la Biblia se hace de la celebración del matrimonio, llegó a la conclusión de que para el pueblo judío no era requisito esencial la presencia sacerdotal. Y en lo que se refiere al cristianismo, solo respecto a los católicos el matrimonio religioso era considerado un sacramento y, por tal motivo, muchos cristianos no aceptaban al citado sacramento tal como lo administran los católicos. Recordó que además de los cristianos (católicos o no) y judíos, existían otros millones de habitantes que no profesaban ninguna de esas religiones.

Aquí Del Valle afirmó:

(...) entonces, señor presidente, podemos decir que ni siquiera considera toda la civilización cristiana al matrimonio sacramental, porque sería petulancia e infundada vanagloria de nuestra parte, creer o pretender, que sólo los católicos representan a aquella civilización, cuando, entre los protestantes, se encuentran naciones como Alemania, Inglaterra y los Estados Unidos, que participan de la más alta moralidad y civilización conocida hasta nuestros tiempos (1922, p. 92).

Luego de esto efectuó un amplio alegato en favor de la tolerancia religiosa, uno de los logros más importantes de los sistemas liberales, y agregó que a lo largo de la historia el haber negado el derecho a profesar la fe a determinados grupos culminó con persecuciones y muertes, lo que estaría en las antípodas de un actuar justo y respetuoso de las libertades. Recordó que en este tipo de intolerancias cayó la España de la inquisición, como así también varios de los países que adoptaron el protestantismo.

Luego, afirmó del Valle que “la historia demuestra —la historia invocada por los católicos y los libre pensadores— que, donde quiera que se ha unido la Iglesia con el Estado, ha germinado la intransigencia religiosa y de la intransigencia al despotismo político, no hay gran distancia (...)”. También sostuvo que “la unión de la Iglesia y del Estado lo que ha hecho ha sido retardar la conquista de la libertad, retardar el progreso de la humanidad misma” (Del Valle, 1922, p. 90).

A continuación, efectuó una extensa reseña de la libertad religiosa establecida en Estados Unidos, tanto en su constitución federal, como así también en cartas estatales. Explicó que esa fue la misma postura que adoptara la Italia moderna a instancias de Cavour, que se viera reflejada en el artículo 93 del Código Civil italiano. Recordó también el artículo 7 de la Constitución francesa de 1791, precepto luego mantenido en el Código Civil de Napoleón. A renglón seguido, demostró en su discurso conocer en su mayor extensión y profundidad el derecho comparado en materia civil, enumerando y explicando las distintas legislaciones adoptadas no solo en Europa, sino también en México, la República Oriental del Uruguay, Colombia y Chile.

Luego de esta extensa alocución se preguntó: “¿por qué la República Argentina no goza aun del matrimonio civil? ¿es que no ha podido dictar la ley o no ha querido dictarla?” (Del Valle, 1922, p. 108).

Respecto a ese interrogante, respondió que en realidad durante muchos años no se necesitó la institución del matrimonio civil porque toda la población era católica, con lo cual no había inconveniente en establecer un matrimonio religioso que el Estado aceptaba. Pero agregó que aquella realidad fue modificada con la llegada de inmigrantes y por tal razón se tornaba necesaria una modificación en la legislación. Dijo al respecto:

(...) los cuerpos orgánicos y el cuerpo social están sujetos a la misma ley. Y bien, la condición social de nuestro país se ha modificado profundamente. Hoy existen sujetos a nuestra legislación hombres de todas las religiones, que vienen de todos los extremos del globo, que hablan todas las lenguas, que tienen todas las creencias o que no tienen creencia alguna, y llega la oportunidad de averiguar si podemos o no reformarla, para atender a estas nuevas exigencias del organismo social (Del Valle, 1922, p. 110).

Para culminar, expresó que la propuesta oficial era secularizar la legislación, con el objeto de lograr la mejor administración de los intereses sociales, “que son los únicos que están confiados a nuestros cuidados: el cuidado de las conciencias, no es de nuestro resorte” (Del Valle, 1922, p. 114).

Finalmente, el proyecto fue aprobado bajo el número de ley 2393, que estuvo vigente casi cien años, hasta la sanción de la ley 23.515 del año 1987.

VI. Su actuación en la “Revolución de julio de 1890” y como ministro de guerra

No puede hablarse de del Valle sin hacer mención de su relevante actuación en todo el proceso que condujo a la revolución de 1890. Cabe destacar que Aristóbulo del Valle fue, conjuntamente con Leandro N. Alem, el gran protagonista de la llamada “Revolución de Julio” de aquel año, poniendo toda su experiencia política acumulada, como así todo el contenido teórico que poseía por su condición de profesor de derecho constitucional de la Universidad Nacional de Buenos Aires. A través de su innegable calidad oratoria fue un faro para aquellos jóvenes seguidores que soñaban con un gobierno popular producto de elecciones transparentes y alejadas de cualquier idea de fraude. Del Valle, pues, puso a disposición de aquella gesta revolucionaria su voz, con la que acostumbraba a conmover a su auditorio, sea en la tribuna política o en la banca parlamentaria, acompañada, claro está, de incommovibles principios éticos y morales de los cuales se ha hecho referencia a lo largo de esta nota. Y esto lo demostró, una vez más, cuando, ni bien estalló el movimiento revolucionario, Del Valle renunció a su mandato como senador nacional.

Si bien en términos militares la “Revolución de 1890” fue derrotada, produjo la renuncia de Juárez Celman y el acceso de Carlos Pellegrini como presidente de la República, quien iba a completar el mandato de aquel. Al año siguiente comenzó a hablarse de las candidaturas a senadores nacionales por la Capital Federal de del Valle y de Alem. Esto era así porque debían cubrirse las vacantes producidas por las renuncias de Roca y Zavallía, quienes habían sido designados como ministros de Pellegrini. El acto eleccionario tuvo lugar el 15 de marzo, oportunidad en la que del Valle y Alem obtuvieron el triunfo y las consiguientes bancas en el Senado de la Nación.

Un año después, tras la conocida maniobra de Julio A. Roca, se consagró la candidatura del Dr. Luis Sáenz Peña a la presidencia de la Nación, resultando este finalmente elegido. Al poco tiempo de asumir tuvieron inicio serios problemas de carácter político, produciéndose varias renuncias de ministros y hasta el propio presidente de la Nación amenazó con presentar su dimisión, quien luego fuera convencido por su hijo Roque de no llevarla a cabo.

En esta dramática circunstancia se produce una curiosidad de carácter constitucional: el presidente Sáenz Peña le pidió a Del Valle que formase un nuevo gabinete y, de esta manera, constituyera un nuevo gobierno. Como se advierte, Luis Sáenz Peña lo designaba a del Valle como *primus inter pares*, esto es, una especie

de primer ministro. Téngase en cuenta que la Constitución de 1853/60 era un texto presidencialista típico, sin ninguna nota que pudiera asemejarse a los modelos parlamentarios europeos, tal como se intentó hacer con la actual figura del jefe de gabinete de ministros, previsto a partir del año 1994 en el actual artículo 100 de la ley fundamental. De esta forma, en ese flamante gabinete, Del Valle asumió el ministerio de guerra y marina, en la inteligencia de que desde allí jugaría un destacado papel en el desenvolvimiento de la política que pensaba llevar adelante. De hecho, Del Valle fue el que eligió al resto de los ministros del Poder Ejecutivo. No obstante ello, este singular ensayo constitucional duró tan solo 36 días, oportunidad en la que terminó renunciando todo el gabinete, incluido, claro está, el propio Del Valle. Luego, Sáenz Peña intentó repetir esta experiencia con Manuel Quintana, tampoco con éxito, aunque pudo estirar el epílogo de su gobierno algunos meses más (del Carril, 1987, p. 9).

VII. A modo de cierre

Su particular experiencia ministerial durante la presidencia de Luis Sáenz Peña fue su último cargo público.

Falleció tempranamente, en enero de 1896. Al momento de ser inhumados sus restos mortales en la Recoleta, dio el discurso del adiós su amigo, correligionario y coprotagonista de tantas luchas conjuntas, el Dr. Leandro N. Alem. El entonces joven periodista del diario "El Tribuno", Joaquín de Vedia, lo recordaría "hablando, con un sollozo estrangulado, ante el féretro de Aristóbulo del Valle. Pellegrini, a unos veinte pasos de él, agachaba su enérgica cabeza, y de vez en cuando se pasaba un pañuelo por la cara" (Orsi, 1998, p. 101).

Como se ha advertido en los escasos ejemplos expuestos, es claro que Aristóbulo del Valle no fue un mero portador de discursos políticamente correctos. Las intenciones, si bien son importantes, no sirven como sustitutos de la acción real y tampoco son suficientes para cubrir o encubrir lo que más importa, que es la manera como realmente se ha vivido.

Este es el problema de aquellos que se limitan a denunciar o criticar el estado de las cosas sin dar verdaderamente el ejemplo de lo que predicán o exigen a los demás, pues al hacerlo de esa forma corren el riesgo de perder legitimidad en la crítica. En cambio, en Del Valle, sus palabras fueron coherentes con sus acciones, dando el ejemplo personal de honestidad, integridad, dignidad, honor, espíritu de sacrificio, respeto por la ley, imparcialidad, justicia, el amor a la causa pública y al bien común, entre otras virtudes morales y cívicas.

A modo de cierre, atento a la naturaleza de la presente nota, se hará una breve referencia a Aristóbulo del Valle en su condición de titular de la cátedra de derecho

constitucional de la Universidad de Buenos Aires. En este ámbito académico, también logró acaparar la atención y la admiración de sus alumnos y colegas. En sus clases sostenía que la rama del derecho que él enseñaba

Es la parte del derecho público que se ocupa de la organización del gobierno y de las relaciones de éste con los individuos sometidos a su autoridad (...) de aquí, pues, que sea necesario estudiar, al mismo tiempo que la letra y el texto de la constitución, su raíz, su punto de partida, su origen, aún cuando muchas veces tengamos que ir lejos para encontrarlo. La historia nacional está incorporada a nuestra Constitución (Del Valle, 1911, p. 5).

Como gran docente que fue, en varias oportunidades le encargaron que fuera el responsable de brindar el discurso académico al momento de la entrega de títulos a los flamantes abogados que egresaban de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. El último de estos discursos lo realizó el día 8 de julio de 1895, es decir, seis meses antes de su prematuro fallecimiento.

En esa oportunidad, Del Valle, refiriéndose a la profesión de abogado y recordando a Mariano Moreno, dijo que “son muchos los beneficios de esta profesión cuando se desempeña noblemente, con desinterés, con probidad y con talento”.

Y agregó, incentivando el entusiasmo por la carrera elegida: “volvamos a nuestra fiesta, todos los que nos encontramos reunidos en esta sala nos sentimos atraídos, juntemonos en un voto supremo por la felicidad de esta núcleo brillante de juventud, que según el bello concepto de uno de los espíritus literarios más finos de nuestro tiempo ‘ama y admira, como se debe amar y admirar: con exceso’” (Del Valle, 1922, p. 286).

VIII. Bibliografía

Abad de Santillán, D. (1963). *Gran Enciclopedia Argentina*, tomo VIII. Buenos Aires: Sociedad Argentina de Escritores.

Del Carril, B. (1987). *Primer ministro o jefe de gabinete*. Buenos aires: diario La Nación, 8 de octubre.

Del Valle, A. (1922). *Discursos Políticos. Colección ‘La Cultura Argentina’*. Buenos Aires: Editorial Vaccaro.

Del Valle, A. (1911). *Nociones de Derecho Constitucional. Notas tomadas de las conferencias del Dr. A. del Valle, por Máximo Castro y Alcides V. Calandrelli*, Buenos Aires: Imprenta y Litografía La Buenos Aires.

Del Valle, A. (1955). *La Política Económica Argentina en la Década del 80*. Buenos Aires: Editorial Raigal.

Galasso, N. (1975). *Felipe Varela: un caudillo latinoamericano*. Buenos Aires: Editorial del Noroeste.

Hobsbawm, E. (2014). *La era del Imperio 1875-1914*, Buenos Aires. Editorial Crítica.

Lenton, D. I. (2014) *De centauros a protegidos. La Construcción del sujeto de la política indigenista argentina desde los debates parlamentarios (1880-1970)*. Recuperado de <https://doi.org/10.4000/corpusarchivos.1290>

Matienzo, J.N. (1916). *Derecho Constitucional. Apuntes taquigráficos tomados en la cátedra del Dr. José N. Matienzo, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, tomo I. La Plata: Talleres Sesé.

Orsi, R. S. (1994). *Alem y Roca*. Buenos Aires: Ediciones Theoría.

Orsi, R. S. (1998). *Aristóbulo del Valle*. Buenos Aires: Fundación de Política y Letras.

Saldías, A. (1910). *Un siglo de instituciones. Buenos Aires en el Centenario de la Revolución de Mayo*, tomo II. La Plata: Taller de Impresiones Oficiales.

Varela, L. V. (dir.) (1920). *Debates de la Convención Constituyente de Buenos Aires 1870-1873*. La Plata: Taller de Impresiones Oficiales.

Fecha de recepción: 30-03-2020

Fecha de aceptación: 17-09-2020

Algunas reflexiones sobre la inembargabilidad e inejecutabilidad de la vivienda única en la provincia de Buenos Aires: ¿una interpretación constitucional o convencional?

POR **ELSA MARÍA DEL CARMEN LLORET(*)** Y **PEDRO LUIS ARROUY(**)**

Sumario: I. Vivienda. La Constitución Nacional, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Código Civil.- II. Vivienda. Algunas referencias conceptuales en la ley 14432 de la provincia de Buenos Aires y en el Código Civil y Comercial.- III. La decisión judicial sobre la inembargabilidad e inejecutabilidad de la vivienda, según la ley 14432 en el Departamento Judicial de Azul.- IV. Una interpretación convencional en el Fallo “H.M c/ G.M.A s/cobro ejecutivo de alquileres”.- V. Algunas reflexiones finales.- VI. Bibliografía.

Resumen: la presente reflexión pretende analizar qué protección ha otorgado el legislador bonaerense a la vivienda, única y de ocupación permanente, cuando ha

(*) Abogada, Universidad de Buenos Aires (UBA). Esp. en Gestión Universitaria, Universidad Nacional de Mar del Plata (UNMdP). Doctoranda en Derecho, Universidad Nacional de Rosario (UNR). Prof. Adjunta Derecho Constitucional y Derecho Público Municipal, Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN). Investigadora en el Programa de Incentivos, Categoría IV e Investigadora del Centro Interdisciplinario de Estudios Políticos, Sociales y Jurídicos (CIEP), Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN) y Facultad de Ciencias Humanas (UNICEN). Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

(**) Abogado, Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Esp. en Derecho Administrativo, Universidad de Belgrano (UB). Doctorando en Derecho por la Universidad Nacional de Rosario (UNR). Prof. Adjunto Derecho Constitucional y Derecho Administrativo. Investigador en el Programa de Incentivos (Categoría V). Investigador del Centro Interdisciplinario de Estudios Políticos, Sociales y Jurídicos (CIEP), Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN) y Facultad de Ciencias Humanas (UNICEN). Secretario de Juzgado Contencioso Administrativo del Departamento Judicial de Azul.

estipulado su inembargabilidad e inejecutabilidad a través de la ley 14432, a la luz del Estado constitucional y convencional de Derecho. En este contexto, se analizará cuál ha sido la postura de los tribunales bonaerenses al respecto, con especial atención a lo decidido por la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, Sala I, del Departamento Judicial de Azul, toda vez que se inclinó por la inconstitucionalidad de la inembargabilidad e inejecutabilidad de la vivienda única de ocupación permanente. Asimismo, en contraposición, se considerará un fallo de la Sala 2 de la Cámara Segunda de Apelación en lo Civil y Comercial de la ciudad de La Plata, del año 2015, donde la jueza Bermejo realizó un control de convencionalidad de la normativa en cuestión, declarando su constitucionalidad.

Palabras claves: inembargabilidad - vivienda - Buenos Aires

Some reflections on the inembargability and inejecutability of the only dwelling in the province of Buenos Aires: a constitutional or conventional interpretation?

***Abstract:** the purpose of this study is to analyze the protection afforded by the Buenos Aires legislature to housing, which is unique and permanently occupied, when it has stipulated its inembargability and inejecutability through Law 14432, in the light of the constitutional and conventional state of law. In this context, the position of the Buenos Aires courts on this matter will be analyzed, with special attention to the decision of the Civil and Commercial Appeals Chamber, Chamber I, of the Judicial Department of Azul, since it was inclined by the unconstitutionality of the inembargability and inejecutability of the single dwelling of permanent occupation. Also, in contrast, it will be considered a ruling of the Second Chamber of Appeal in Civil and Commercial Matters of the City of La Plata, from 2015, where judge Bermejo performs a conventional control of the regulations in question, declaring its constitutionality.*

Keywords: inembargability - housing - Buenos Aires

I. Vivienda. La Constitución Nacional, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Código Civil

Desde el mundo jurídico, numerosas son las normas que reconocen el derecho a la vivienda digna. La reforma a la Constitución originaria de 1957, llevada a cabo por el gobierno de facto que surge a partir de la Revolución Libertadora, incorpora el artículo 14 bis e incluye entre los elementos de la seguridad social, integral e irrenunciable, “el acceso a la vivienda digna”.

Se trata aquí no de un derecho en sentido textual, sino que el artículo afirma que la ley establecerá dicho acceso como uno de los beneficios de la seguridad social. Ello dio paso al surgimiento de la categoría de derechos programáticos, es

decir, que se ponen en vigencia a partir de su reglamentación por el Poder Ejecutivo o el Congreso.

Lo dispuesto por el artículo 14 bis es concordante con el nuevo inciso 19 del artículo 75 de la Constitución Nacional (CN), que pone en cabeza del Estado el diseño de políticas públicas para facilitar el acceso a una vivienda digna. Las opciones legislativas para cumplir el mandato constitucional varían y dependen de las posibilidades económicas y financieras, pero el Estado no debe prescindir de llevar a cabo una política de desarrollo habitacional (Gelli, 2004, p. 175).

En el mismo sentido, Cayuso admite que la protección de la familia, la defensa del bien de familia, la compensación económica y familiar y el acceso a una vivienda digna son fines propios de un estado social de derecho, en el cual la igualdad de oportunidades debe ser satisfecha por el accionar del Estado a partir de garantías sobre aspectos esenciales del desarrollo humano. También encuentra una relación entre lo estipulado en el artículo 14 bis —última parte— con lo establecido en el artículo 75, incisos 18 y 19, que ratifica la obligación estadual de satisfacer necesidades directamente relacionadas con el desarrollo humano integral (Cayuso, 2006, p. 88). “El acceso a la vivienda digna tiene como contrapartida la obligación del Estado de procurar a todos los núcleos un lugar donde desenvolver decorosamente la vida familiar” (Ekmekdjian 1995, pp. 103-104).

La efectividad del derecho humano a una vivienda digna se vincula con dos tipos de respuestas. La primera, por intermedio de las políticas públicas o del tercer sector promovido espontáneamente o incentivado por la cooperación, en la búsqueda de un mejoramiento global de las condiciones de vida de sus habitantes. Estas políticas públicas suelen considerar situaciones individuales o familiares que requieren asistencia diferencial en razón de su vulnerabilidad (Abramovich, 2004).

La segunda, en la exigencia coactiva de cumplimiento del derecho mediante los mecanismos de división del poder, por órganos nacionales, o mediante responsabilización por el incumplimiento de los órganos internacionales, en miras a obtener la realización efectiva del derecho consagrado en el artículo 14 bis de la CN y en múltiples tratados (Abramovich, 2004).

Así, el artículo 14 bis de la Constitución Nacional requiere del Estado la promoción de planes de vivienda, a efecto de que todo habitante, en especial los de modestos ingresos, puedan acceder a la vivienda propia.

El alcance del derecho a la vivienda se complementó con la reforma de 1994, que incorporó una serie de Tratados Internacionales de Derechos Humanos a la Constitución Nacional, con jerarquía constitucional, mediante su artículo 75

inciso 22. Entre los instrumentos incorporados que protegen el derecho a la vivienda, el más relevante es el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales, que, en su artículo 11 primer párrafo, establece que “los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel adecuado de vida para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia (...)”.

A pesar del fuerte reconocimiento constitucional y convencional, aún resulta débil el impacto de dicha normativa en el orden infraconstitucional. Las normas que emanan del nuevo Código Civil y Comercial sobre vivienda parecen no adecuarse a tales estándares, pese a que ello fue motivo explícito de tal cuerpo normativo.

El capítulo titulado “Vivienda,” que comprende los artículos 244 a 256, reemplaza la regulación del bien de familia regulado en la ley 14394. El nuevo régimen, tal como el anterior, debe solicitarse (artículo 245) y protege contra ejecuciones solo por deudas posteriores a la inscripción (artículo 249).

Aunque se incluyen excepciones, es posible ejecutar la vivienda incluso por obligaciones contraídas luego de inscribirla como bien de familia; es el caso de deudas devenidas por expensas comunes, impuestos, tasas y también aquellas garantizadas por hipoteca (artículos 249 a 256), entre otros supuestos.

I.1. La construcción del sujeto de derecho

Partiendo de una concepción crítica del derecho, “el orden jurídico se ha encargado de construir un sujeto, al cual interpela; en el campo del imaginario social, su importancia es aún más grande”, señala Ruiz (1991, p. 196). Asimismo, considera que la categoría “sujeto de derecho” es central al interior del discurso jurídico y reconoce que “el derecho configura las subjetividades y las identidades y por esa vía consagra y denuncia discriminaciones e interviene en los espacios de conflicto que se generan a partir de allí (...) reconocer a alguien como sujeto de derecho, resignifica el discurso de ese alguien” (Ruiz, 1996, p. 120).

En ese sentido, la autora entiende que

Todo ese espacio en que el discurso jurídico produce significaciones sin consecuencias prescriptivas donde la ficción del sujeto de derecho cumple más eficazmente su papel. Los hombres que viven y sufren cada día, muchas veces casi sin conciencia, la marca que el derecho les imprime, se miran, se reconocen, se atribuyen conductas se sienten ubicados o creen que otros están puestos en los espacios que “La Ley” determina (Ruiz, 1991, p. 196).

Concordantemente con la autora, Cárcova (1993) sostiene que el derecho puede verse en relación con otros elementos en las sociedades modernas. También considera que el derecho es una práctica de hombres que se expresa en un discurso, que es más que palabras, es lo que la ley manda, pero también lo que los jueces interpretan, los abogados argumentan, los litigantes declaran, los legisladores sancionan, los doctrinarios discuten y es también un discurso constitutivo, en tanto asigna significados a hechos y palabras; esta compleja operación social dista de ser neutral, está impregnada de politicidad y adquiere dirección según las formas de distribución efectiva del poder en la sociedad (Cárcova, 1993, p. 44).

Con respecto al sujeto de derecho, desde el punto de vista constitucional, el artículo 14 bis hace referencia a los derechos del trabajador y en el último párrafo incluye los derechos de la seguridad social, entre ellos “la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”. Desde el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el sujeto de derecho es la persona humana.

En ambos casos, la interpelación y constitución del sujeto de derecho revelan los diversos modos en que el discurso jurídico juega su papel legitimador del poder. En nuestra Constitución Nacional, el artículo 14 bis hace referencia a la categoría de trabajador, que vino impuesta por el reconocimiento que hizo el constituyente reformador del año 1957 de los derechos sociales, ya sea del hombre como trabajador individual (primer párrafo), en sus relaciones colectivas de trabajo (segundo párrafo) y para la etapa pasiva y frente a las contingencias de la vejez, la incapacidad, la enfermedad, y el despido, se establecen los derechos de seguridad social (tercer párrafo), que fueron plasmados por el constitucionalismo social.

En ese contexto, el Estado ya no solo es garante del reconocimiento de los derechos y solo su intervención es factible en caso de violación de los mismos, propios del constitucionalismo clásico o liberal, sino que debe promover y garantizar condiciones mínimas para el ejercicio de los derechos.

Ello implica necesariamente la existencia de un Estado activo promotor del bien común y regulador del proceso económico social, proceso antes entregado a las fuerzas del libre mercado y a la sola iniciativa privada. En la nueva perspectiva del Estado Social se asume la necesidad de brindar a la población un mínimo básico de bienestar que se compromete a entregar el Estado a través de prestaciones positivas de hacer respecto de las personas en salud, educación, condiciones laborales, seguridad social, sindicación, entre otras materias.

En el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la interpelación y constitución es a la persona. Dicho discurso estuvo impregnado por el fin de la segunda guerra mundial, momento en que los pueblos inician una nueva etapa de

convivencia pacífica, cuyo fundamento fue la dignidad de la persona humana, y así surge de la Conferencia de San Francisco de 1945, donde los Estados resolvieron “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la Igualdad de derechos de hombres y mujeres, y de las naciones grandes y pequeñas”.

La Asamblea General de Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948 constituye el primer texto de alcance universal que reconoce la dignidad de la persona y los derechos esenciales o fundamentales que derivan de ella. La dignidad de la persona humana aparece en el discurso jurídico como un valor fundamental de los derechos humanos.

En este sentido, el derecho, a través de su función discursiva, constituye garantías contra las violaciones y ofensas a los derechos humanos. La dignidad humana y el derecho a la vida digna son presupuestos que el discurso jurídico constituyó no solo para los derechos económicos, sociales y culturales, sino también para los civiles y políticos.

El orden jurídico internacional, en especial el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales, que es el instrumento principal para la protección del derecho a la vivienda, y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General 4, han establecido los contenidos del derecho a la vivienda adecuada. Estos son:

- a) Seguridad jurídica de la tenencia. La tenencia adopta una variedad de formas, como el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad. Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas.
- b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición.
- c) Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas (...) de conformidad con el principio de la posibilidad de costear la vivienda, se debería proteger por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres.

d) Habitabilidad. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes.

e) Asequibilidad. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas.

f) Lugar. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales.

g) Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda (Comité de DESC, 2006, p. 2).

Desde esta perspectiva, señalan Losada Revol y Dubinsky (2012) que el Comité refirió que, aun cuando la adecuación se encuentra determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, uno de los criterios que debe tenerse presente es la seguridad jurídica de la tenencia. Cualquiera sea la forma de la tenencia, todas las personas deben gozar de cierto nivel de seguridad que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas.

Asimismo, toda vivienda adecuada requiere disponer ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y nutrición, de modo tal que sus beneficiarios posean acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a instalaciones sanitarias y de aseo, de eliminación de desechos de drenaje y a servicios de emergencias, entre otros. En esta misma línea, debe ser habitable en el sentido de ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad.

En el ámbito del derecho civil, el legislador, tanto en el antiguo código como en la ley 14394, derogada por el actual Código Civil y Comercial, constituye e interpela al sujeto de derecho desde una posición histórica determinada. Pondera el derecho de propiedad por sobre el derecho humano al goce y disfrute de la vivienda única y de ocupación permanente y, por ello, considera que la vivienda es la garantía de los acreedores, en cuyo caso, si su titular desea desafectarla debe inscribirla como bien de familia.

Por lo tanto, siguiendo a Cárcova, el derecho —en su función discursiva— es lo que los legisladores sancionan y los jueces interpretan; parece ser que desde tal concepción el legislador nacional, a través de la ley civil, constituye e interpela al hombre en sus relaciones contractuales, poniendo énfasis en la tutela del derecho de propiedad (artículo 17 de la CN) y por lo tanto la vivienda es una garantía. Cada interpelación responde a un contexto histórico, quizás es loable pensar que la misma responde al constitucionalismo clásico liberal.

En tanto, el legislador provincial, a través de la ley 14432, desde la perspectiva del derecho humano de acceso y protección de la vivienda única (artículo 14 bis) constituye a la persona humana en relación a su dignidad y, como tal, a la vivienda como un derecho y un fin a tutelar. Dicha concepción puede asimilarse a un constitucionalismo social, impregnado por el constitucionalismo actual de los Derechos Humanos (artículo 75, incisos 22, 18 y 19). Así también se aprecia en las distintas interpretaciones que los jueces han realizado: al ponerse en tensión el derecho de propiedad y el de acceso a la vivienda única, la jurisprudencia mayoritaria se inclina por el primero.

II. Vivienda. Algunas referencias conceptuales en la ley 14432 de la provincia de Buenos Aires y en el Código Civil y Comercial

La ley 14432 de la provincia de Buenos Aires establece en sus artículos 2, 3 y 4 que “todo inmueble ubicado en la provincia de Buenos Aires destinado a vivienda única, y de ocupación permanente, es inembargable e inejecutable, salvo en caso de renuncia expresa del titular conforme los requisitos de la presente ley”.

Además, estipula que para gozar del beneficio de la inembargabilidad e inejecutabilidad deberán constituir el único inmueble del titular destinado a la vivienda y guardar relativa y razonable proporción entre la capacidad habitacional y el grupo familiar. Define como grupo familiar al originado en el matrimonio o en las uniones de hecho, incluyendo a los ascendientes y descendientes directos de alguno de ellos; además, establece que las garantías instituidas de inembargabilidad e inejecutabilidad beneficiarán al grupo familiar del titular, aún en caso de fallecimiento de este, siempre que habiten la misma con carácter permanente.

En el artículo 5 establece las deudas que no son alcanzadas por la garantía de la inembargabilidad e inejecutabilidad, entre ellas, las obligaciones alimentarias, el precio de la compraventa, construcción o mejora de la vivienda, los impuestos, tasas, contribuciones que graven la vivienda y las obligaciones con garantía sobre el inmueble que hubieran sido constituidas para compra, construcción o mejoras de la vivienda. Igual sentido tiene el artículo 249 del nuevo Código Civil y Comercial.

En el artículo 6 instaura que se perderán tales garantías si la vivienda no estuviera destinada a vivienda única de ocupación permanente y de no mediar una relativa y razonable relación entre la capacidad habitacional y el grupo, y si se hubiera renunciado expresamente a los beneficios, la renuncia deberá ser hecha por escrito y la firma refrendada ante autoridad pública, previa información veraz y completa sobre el alcance del acto. En caso de que el renunciante fuere casado o conviviente, se requerirá el consentimiento de su cónyuge o conviviente mediante su firma.

Como consecuencia de la sanción del presente cuerpo legal en noviembre de 2012, se sucedieron una serie de casos judiciales, donde quienes eran deudores y garantes van a pretender quedar bajo el manto protectorio de la mencionada ley. Los tribunales de segunda instancia de la provincia de Buenos Aires —en general— fueron unánimes en sus decisiones al considerar que las disposiciones establecidas en la presente ley estarían vulnerando normas de derecho común que en nuestro estado federal son competencias del Congreso Federal, según lo establecido en el artículo 75 inciso 12 de la CN.

En tanto, el legislador nacional, en el artículo 244 del nuevo Código Civil y Comercial, que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015, norma:

Puede afectarse al régimen previsto en este Capítulo, un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor. Esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales. La afectación se inscribe en el registro de la propiedad inmueble según las formas previstas en las reglas locales, y la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario. No puede afectarse más de un inmueble. Si alguien resulta ser propietario único de dos o más inmuebles afectados, debe optar por la subsistencia de uno solo en ese carácter dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de considerarse afectado el constituido en primer término.

Tanto la ley 14432 como el nuevo Código Civil y Comercial regulan el derecho a la vivienda desde el enfoque del Estado Constitucional de Derecho, que implica que el ordenamiento jurídico secundario debe someterse al orden constitucional,

aunque, como bien admitimos en el apartado anterior, el legislador nacional dista de contemplar aspectos protectorios desde el estándar del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Como puede apreciarse, la consagración de la vivienda como bien de familia en el orden nacional requiere de la inscripción registral, es decir, impone un criterio más restrictivo que la ley 14432 de la provincia de Buenos Aires.

En los artículos 1, 2 y 3 del Código Civil aparece cierta concordancia con las normas internacionales. Sostiene Gil Domínguez (2016) que los artículos 1, 2 y 3 del Código Civil y Comercial así lo reconocen:

El artículo 1, vincula la estructura y el funcionamiento del sistema de fuentes, en el Estado Constitucional y Convencional de derecho argentino, en el artículo 2 estipula que la ley debe ser interpretada de acuerdo al sentido literal de sus palabras y de las leyes análogas, pero además teniendo en cuenta lo que disponen los Tratados de DDHH consagrados en el artículo 75 inc. 22, los principios y los valores de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico y finalmente en el artículo 3 relaciona el deber de los jueces de transformarse en magistrados de la Constitución y de la Convención en cada caso que deban resolver (p. 12).

Por este motivo, señala el referido autor que

La ciencia del derecho constitucional solo puede tener un papel de construcción interpretativa porque ya no es posible esconder las responsabilidades ostentando las certezas del positivismo. Doblar las rodillas, frente a la fría textualidad de las normas y renunciar a la reconstrucción hermenéutica, como si se estuviere frente a un Derecho ya terminado, sobre el cual el intérprete no tiene nada que decir, supone una vuelta encubierta al estatalismo que despoja en esencia simbólica la más importante faceta del Estado constitucional de Derecho: el resguardo de una sociedad de distintos en permanente movimiento de subjetivación frente a la ley (2016, p. 22).

Es coherente con la misma postura Prieto Sanchís (2001), quien asevera

La normativa constitucional deja de estar “secuestrada” dentro de los confines que dibujan las relaciones entre órganos estatales, deja de ser un problema exclusivo que resolver entre el legislar y el Tribunal Constitucional, para asumir la función de normas ordenadoras de la realidad, que los jueces ordinarios pueden y deben utilizar como parámetros fundamentales de sus decisiones. Desde luego, las decisiones del legislador siguen vinculando al juez, pero sólo a través de una interpretación constitucional que efectúa este último (p. 207).

Una vez planteada la cuestión normológica, se analizará cuál ha sido la decisión de los jueces en el fuero civil y comercial del Departamento Judicial de Azul.

III. La decisión judicial sobre la inembargabilidad e inejecutabilidad de la vivienda, según la ley 14432 en el Departamento Judicial de Azul

A modo de adelanto, la jurisprudencia imperante en el Departamento Judicial de Azul, desde el año 2015 —cuando se sancionó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación— ha consagrado la inconstitucionalidad de la ley 14432 por considerar que al legislar sobre inembargabilidad e inejecutabilidad de la vivienda única de ocupación permanente, el legislador provincial invade competencias del Congreso Nacional que es a quien le corresponde regular sobre el derecho de fondo, de acuerdo al artículo 75 inciso 12 de la CN.

III.1. “Rodríguez, Jorge A. c/ Paleo, Elda y/o otro s/ daños y perjuicios” (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala I), fallo del 5/11/2015

III.1.1. Fundamento fáctico

El Sr. Rodríguez, quien había sido embestido por uno de los demandados —que manejaba un remis perteneciente a una remisería, también codemandada— mientras circulaba en su motocicleta, obtuvo el resarcimiento que le debían en un 60% los coaccionados. En una causa conexas caratulada “Rodríguez Jorge A. c/ Paleo Elda y/u otro s/ incidente de medidas cautelares”, con fecha 06/03/03, se ordenó un embargo para asegurar el crédito fijado por la sentencia sobre la propiedad de Ernesto Rubén Minaberrigaray, por la suma de \$84.480 con más \$30.000 que se estimaron provisoriamente para intereses, costos y costas del juicio y que fue objeto de reinscripciones toda vez que el objeto de aquella condena aún se encontraba incumplido. Firme el decisorio que desestimó las defensas opuestas por los coejecutados, se decretó la venta en pública subasta de la propiedad del codemandado. El Sr. Minaberrigaray, titular del inmueble, promovió un incidente de levantamiento de embargo y exclusión de ejecución, cuyo rechazo motivó la interposición del recurso de apelación y la sentencia de la Excma. alzada que aquí se comenta.

III.1.2. La Decisión judicial

En primera instancia se rechazó la petición, declarándose la inconstitucionalidad de la ley provincial 14432, ya que no se podía dejar de considerar el criterio sustentado por el Superior Tribunal Nacional en casos análogos.

El magistrado de primera instancia señaló que compartía lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Banco de Suquía S.A.,” en la cual se declaró la inconstitucionalidad del artículo 58 in fine de la Constitución de la provincia de Córdoba y de su ley reglamentaria N° 8067, que abordan una temática similar a la ley 14432, y en el que se analizaron argumentos análogos a los expresados en esta causa, es decir, si tales normas invaden las facultades expresamente delegadas al Congreso Nacional por el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional, toda vez que resultan ser normas de fondo o de derecho común y que tratan una cuestión que se encuentra regulada por la ley 14394. Por ello, dado que el instituto del bien de familia se encuentra regulado por la ley nacional 14394 y ya la Corte Nacional ha declarado la inconstitucionalidad de una norma similar, procedió del modo indicado y rechazó, con costas al demandado, el incidente de inembargabilidad e inejecutabilidad del inmueble. Contra esta decisión, el code mandado interpuso recurso de apelación.

En el año 2015, la Cámara Civil y Comercial de Azul se expidió. La Jueza preopinante, Dra. Comparato, aplicó al caso las disposiciones del Código Civil y Comercial, por considerar que el sistema establecido en el artículo 7 de tal cuerpo legal “implica que la nueva ley toma la relación o situación en el estado en que se encontraba al tiempo de ser sancionada, pasando a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos, en tanto que los cumplidos se los considera regidos por la ley vigente al tiempo que se desarrollaron”.

La Magistrada señaló que

Si bien el apelante pretende, sin brindar argumentos a tal fin, que la ley provincial 14432 debe armonizarse con las prerrogativas del Congreso Nacional para abordar una materia de derecho común que le ha sido delegada por las provincias, es indudable que los dos regímenes coexisten y tutelan con diverso alcance a la vivienda; y ciertamente, el régimen provincial de tutela “automática” resulta ser más protector que aquel dispuesto en el orden federal. Repárese que el artículo 2 de la ley provincial prescribe que “todo inmueble ubicado en la Provincia de Buenos Aires destinado a vivienda única, y de ocupación permanente, es inembargable” y con ello establece un claro apartamiento del régimen nacional que requiere la inscripción “expresa” por parte del interesado en el Registro de Propiedad respectivo para su oponibilidad a terceros.

Ello conlleva, por lo menos, a que el operador jurídico deba determinar si el Estado federal puede o no establecer sobre tal tópico un sistema voluntario, y si, en su caso, ello obsta a que sobre el particular las provincias legislen “progresivamente”. En ese sentido, admite la jueza que el legislador provincial tiene en cuenta,

en la norma 14432, el principio de progresividad que rige el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Asimismo, entiende la Magistrada que el decreto que reglamenta la ley 14432 reseña normas supralegales que protegen el derecho a la vivienda a partir de un constitucionalismo profundo y consolidados con los principios establecidos en el artículo 75 inciso 22 de la CN.

Por otro lado, la Jueza tuvo en cuenta que “desde sus primeros pronunciamientos la CSJN ha resuelto que las relaciones entre acreedor y deudor sólo pueden ser objeto de la exclusiva legislación del Congreso, en virtud de la delegación contenida en el artículo 75 inc. 12 de la CN”.

Además, sostuvo que de acuerdo a lo establecido por el máximo tribunal federal al examinar leyes que exceptuaban del embargo algunos bienes, por razones de humanidad, las normas dictadas por el Legislador Nacional constituían, en razón a la materia que regulaban, preceptos de derecho de fondo destinados a reglar las relaciones entre deudor y acreedor, que surgían de la competencia otorgada al Congreso en virtud del artículo 75 inc. 12.

Por lo tanto, no puede desconocerse que la resistencia incoada por el apelado y los fundamentos, explicitados en la sentencia por el anterior magistrado, se encuentran, a nivel nacional, hoy receptados por las disposiciones de los artículos 244 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación; normas de las que, en virtud de la regla del artículo 7 de mismo cuerpo, no pueden prescindirse. Finalmente, para la Dra. Comparato, el orden jurídico que emana de los Tratados y Declaraciones que menciona el artículo 75 inciso 22 debe impregnar todo el orden jurídico interno, aunque con ciertas precisiones.

Por último, resolvió rechazar el recurso de apelación deducido por la parte demandada y consecuentemente confirmar la sentencia apelada que declaró, en el caso, la inconstitucionalidad de la ley 14432 y denegó la inembargabilidad e inejecutabilidad del inmueble embargado.

III.2. “Banco Mayo coop. ltdo. - su quiebra c/ sucesores de Volpi, Carlos Alberto s/ cobro ejecutivo” Juzgado en lo civil y comercial N° 2, Olavarría (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala I), fallo 15/12/2015

III.2.1. Fundamento fáctico

Frente al pedido formulado por Banco Mayo respecto a la fijación de fecha y hora para la subasta de un inmueble, la magistrada de primera instancia, en base a lo normado por la ley provincial 14432, dispuso el levantamiento del embargo

sobre dicho bien por entender que se trataba de vivienda única y de ocupación permanente y no encontrarse acreditada la renuncia a tal beneficio, según lo establecido por los artículos 2 y 9 del mencionado cuerpo legal.

Ante tal decisorio, Banco Mayo interpuso recurso de revocatoria con apelación subsidiaria, haciendo reserva del caso federal previsto en el artículo 14 de la ley 48. El agente fiscal, sostuvo que la orden de ejecución del inmueble es anterior a la sanción de la ley 14432, por lo que el derecho a obtener la ejecución del inmueble ya estaba consolidado en cabeza de actor; por tal motivo, la mencionada norma resulta inaplicable al caso por afectar el derecho de propiedad amparado por el artículo 17 CN.

III.2.2. La decisión judicial

La Cámara, con la opinión del Juez Preopinante, Dr. Bagú, se expidió respecto al derecho transitorio, que se presenta con la entrada en vigencia de la norma 14432 y su aplicación a situaciones jurídicas existentes, para luego analizar la constitucionalidad de la misma.

Sostiene que “tal como surge de la redacción de la norma, el efecto propio y normal de toda ley es su aplicación inmediata, lo cual implica que la nueva ley se aplica a las relaciones y situaciones jurídicas que se constituyan en el futuro, a las existentes en tanto no estén agotadas y a las consecuencias que no hayan operado todavía”.

En este contexto, el Magistrado entendió que no puede dejar de reconocer lo controvertido del tema a partir de la entrada en vigencia de la mencionada ley 14432, que declara la inembargabilidad e inejecutabilidad en forma automática de todo inmueble ubicado en la provincia de Buenos Aires destinado a vivienda única y de ocupación permanente, porque ha venido a poner en tensión dos derechos de raigambre constitucional: el de propiedad del acreedor (artículos 17 CN y 31 de la Constitución provincial), y el de protección de la vivienda familiar del deudor (artículos 14 bis CN y 36 inciso 7 de la Constitución provincial).

También consideró que la ley 14432 no vino a llenar un vacío normativo, sino que, por el contrario, puso en tensión el ejercicio de dos derechos amparados por la Constitución Nacional, fundamentalmente en aquellos casos en los que se pretende su aplicación inmediata a aquellos efectos aún no cumplidos de una relación jurídica nacida con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley. Con el mismo fundamento que en el caso Rodríguez, entendió que la objeción de constitucionalidad que cabe respecto de dicha ley, el contenido de la misma,

invade la esfera de las competencias delegadas por las provincias al Congreso de la Nación (artículos 75 inc. 22 y 126 de la Constitución Nacional).

III.3. “Mazzone José Luis y otro/a c/ Barrionuevo Juan José y otro/a s/ ejecución hipotecaria” Juzgado en lo civil y comercial N° 2, Tandil (Cámara de Apelaciones Civil y Comercial del Departamento Judicial de Azul, Sala I), fallo del 19/04/2016

III.3.1. Fundamento fáctico

En la presente causa se prepararon los trámites para la subasta judicial del inmueble y los señores Juan José Barrionuevo y Mirta Amalia Fasembeck solicitaron que se resuelva a favor de la inembargabilidad e inejecutabilidad del bien embargado —según la ley 14432— puesto que el mismo resulta ser “el único inmueble del titular destinado a la vivienda y de ocupación permanente”.

El Señor Mazzone planteó la inconstitucionalidad de la ley 14432 y advierte que el contrato de mutuo base de la presente, por el cual los demandados voluntariamente ofrecieron como garantía real un inmueble, resulta anterior a la ley 14432, como así también la medida cautelar trabada. En consecuencia, entienden que, resultando tal norma posterior, su aplicación vulneraría los principios fundamentales de la irretroactividad de la ley, la competencia, los actos propios y la buena fe.

III.3.2. La Decisión judicial

El Juez Preopinante, Dr. Louge Emiliozzi, se expidió acerca de que el proceso fue iniciado antes de la entrada en vigencia de la ley 14432 y del nuevo Código Civil y Comercial, la *litis* también se trabó antes de la entrada en vigencia de ambos ordenamientos y la sentencia de primera instancia fue dictada estando vigente la ley 14432 pero no así el nuevo Código.

Frente a esta situación, y sin desconocer posturas en contrario, cita que esa Sala ha adherido a la tesis de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, por la que se sostiene que el estadio procesal en el que el expediente se encuentra (primera o ulterior instancia) no afecta la aplicación de las normas de transición dispuestas al efecto por el nuevo Código Civil y Comercial.

Además, consideró que, dado que en el supuesto en estudio la subasta de la vivienda del deudor aún no se ha efectivizado, es decir, es un hecho que no se consumó con anterioridad a la vigencia de la ley 14432, tal situación jurídica sí se encuentra regulada por esta última ley. Es que, en estos supuestos, no hay aplicación retroactiva, sino inmediata de la nueva ley.

Con respecto a la hipoteca, el Magistrado juzgó que desde el inicio de la relación contractual el acreedor posee un derecho real de garantía sobre el bien hipotecado. Que tal derecho no nació con la deuda impaga ni con la sentencia de trance y remate, sino que se encuentra *ab initio* de la relación jurídica sustancial que une a las partes. Ciertamente, todo acreedor hipotecario desde el inicio de la relación contractual tiene un derecho mixto, es decir, es acreedor de un derecho personal y tiene, además, un derecho real como garantía de su crédito respecto del inmueble (pueden ser más de uno) que oportunamente ofreciera el deudor y subsiste aun cuando el deudor haya hecho transferencia del inmueble.

En este sentido, sostuvo que en el cotejo y confronte entre los derechos en conflicto (el interés particular del deudor e idéntico derecho de propiedad del acreedor), la renunciabilidad de derechos disponibles y la tutela y estabilidad de la buena fe negocial conllevan a admitir, en el juicio de ponderación, la mayor atendibilidad y protección de este último. Tratándose ahora de derechos patrimoniales paritarios y sin estar involucrado el interés público y social originario, el conflicto debe dirimirse a favor de quien obró con buena fe, conforme a las prácticas negociales.

Finalmente, consideró que, si bien corresponde declarar la inconstitucionalidad de la norma en cuestión, tal declaración es de *ultima ratio* y solo debe procederse a la misma si el litigio no puede resolverse sin ella. El Dr. Louge Emiliozzi sostuvo que la norma 14432 no es aplicable a tal litigio, porque el mismo puede resolverse empleando las normas del Código Civil que regulan sobre el derecho real de hipoteca.

IV. Una interpretación convencional en el fallo “H.M c/ G.M.A s/ cobro ejecutivo de alquileres” (Cámara Segunda Civil y Comercial de La Plata, Sala 2)

A diferencia de lo resuelto en los casos comentados, la Cámara Segunda en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Plata ha decidido que la ley 14432, que regula la inembargabilidad e inejecutabilidad de la vivienda única y de ocupación permanente, cumple con los estándares constitucionales y convencionales.

IV.1. Fundamento fáctico

En octubre de 2015, casi contemporáneamente a cuando la Cámara Civil y Comercial de Azul, Sala II, resolvía los casos Rodríguez y Banco Mayo, la Cámara Segunda Civil y Comercial de La Plata, Sala II, sustanciaba la causa “H.M. c/ G.M.A sobre cobro ejecutivo de alquileres”, confirmando el pronunciamiento del juez de primera instancia que ordenaba la suspensión de la subasta —decretada en un

juicio de cobro ejecutivo de alquileres— respecto del bien inmueble de propiedad de la garante, con fundamento en lo normado por la ley 14432, destinada a proteger la vivienda única y permanente, al establecer que la misma es inembargable e inejecutable.

IV.2. La decisión judicial

La Jueza, Dra. Bermejo, resolvió el recurso de apelación interpuesto por H.M.C contra la decisión del juez de primera instancia. En el recurso, el apelante fundamentó que se violentó la garantía de defensa en juicio, toda vez que se suspendió la subasta oportunamente decretada sin concederle traslado de la petición. Destaca que, en oportunidad de contratar, las partes se sujetaron a las normas constitucionales que rigen en la actualidad y que se encontraba vigente la ley 14394. Aduce que al concertar el contrato de locación los suscribientes conocían sus obligaciones y que el principio de la buena fe objetiva apunta a una conducta de lealtad recíproca que debe acompañar el negocio en todas sus etapas.

Agregó que la ley 14432 no puede afectar un contrato anterior ni a una fianza otorgada con previsiones inexistentes al momento de su otorgamiento.

Además, planteó la inconstitucionalidad de la normativa en cuestión, alegando que la citada ley 14432 ha sido dictada por un órgano que carece de facultades para ello. Aduce la vulneración de los artículos 17 y 31 de la Constitución Nacional.

Luego de hacer una interpretación si sobre la ley 14432 es aplicable al caso y de los antecedentes judiciales que han declarado la inconstitucionalidad de la citada ley, la jueza se expidió sobre la constitucionalidad de la norma con los siguientes argumentos: fundamenta que la validez de la ley 14432 debe analizarse a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos y, citando al Juez Hitters de la Suprema Corte bonaerense, sostiene que

Al juzgar un caso debe buscarse la compatibilidad entre las normas locales y las supranacionales, no sólo a las del Pacto de San José sino a todos los Tratados internacionales ratificados por la Argentina, al ius cogens y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto hace al control de convencionalidad.

Advierte la Magistrada que, en consecuencia, la norma provincial es acorde a las normas convencionales. Para ello, tiene en cuenta el principio de progresividad de los derechos humanos y hace referencia al artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, mediante la cual los Estados firmantes se comprometen a adoptar en el ámbito del derecho interno las medidas legislativas,

sociales, económicas y culturales acordes a la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA).

También referencia la cláusula federal, tendiente a que las disposiciones de la CADH se cumplan en todo el territorio de los estados partes y, en el caso de los estados federales, que no invaliden cláusulas que otorgan mayor protección, por la circunstancia que no es efectuada por el legislador correspondiente.

Consecuentemente, el Estado Argentino ha asumido la responsabilidad internacional de garantizar el progresivo ejercicio y goce de los derechos humanos. También confronta la ley 14432 y las normas del Código Civil y Comercial de la Nación, y considera que en ese nuevo cuerpo jurídico el legislador nacional ha contemplado la protección de la vivienda familiar —ya sea conyugal o convivencial— de diversas maneras, ya sea en el marco de las decisiones que pueden tomarse dentro de la misma familia, exigiendo el asentimiento por el cónyuge o conviviente para ciertos actos y estableciendo la protección de la vivienda frente al ejercicio de derechos de terceros.

Finalmente, analizó la constitucionalidad de la ley 14432 con referencia al artículo 244 del Código Civil y Comercial, que expone que “puede afectarse al régimen previsto en este Capítulo, un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor. Esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales” y sostiene que el artículo 244 habilita a que existan otras disposiciones legales —que pueden ser provinciales— que contemplen una mayor tutela de los derechos humanos; además, reconoce que el nuevo Código Civil tiene ese sentido en concordancia con la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.

En concordancia con la postura de la Dra. Bermejo, desde la doctrina jurídica, Gil Domínguez considera que “bajo la esfera de la supremacía convencional, el derecho común actual en cuanto desarrollador de derechos humanos, no es una potestad única, exclusiva y excluyente del Estado federal, sino que configura un piso homogeneizador que puede ser ampliado por los ordenamientos locales” (Gil Domínguez, 2014).

Asimismo, fundamenta que

La inembargabilidad e inejecutabilidad de la vivienda adecuada es un claro ejemplo de ello. El Estado federal podrá establecer un sistema voluntario, pero no obsta que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires configuren un sistema automático, en la medida que este último genera una mayor tutela pro homine a partir de dicho contenido. En todo caso, la eventual descalificación convencional deberá

estar centrada en la demostración sustancial de que el primer sistema es más tuitivo que el segundo, pero nunca, podrá operar bajo la mera validez formal incardinada en la competencia exclusiva del Congreso para producir el derecho común (...) (p. 324).

V. Algunas consideraciones finales

A modo de conclusión, se debe reconocer que la ley 14432 ha tenido un fin loable, ya que amplía el marco protectorio de la vivienda familiar, acorde a los estándares constitucionales y convencionales.

Aunque la interpretación judicial del máximo tribunal bonaerense en el año 2018 fue concordante con la jurisprudencia mayoritaria al decidir que al resultar agredido un mandato fundamental de la Constitución Nacional (el artículo 75 inciso 12), la ley provincial 14432, más allá de la justicia de su contenido, o de la rectitud de la intención del legislador, ha de ser invalidada y su inconstitucionalidad debe ser declarada(1).

A pesar que desde la doctrina jurídica y desde los Tribunales hay consenso sobre la inconstitucionalidad, aún hay voces que claman por su constitucionalidad, en ese sentido se expiden Gil Domínguez y Abramovich.

En marzo de 2019, Víctor Abramovich, Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia, opinó que el artículo 2 de la ley provincial 14432, que dispone que todo inmueble ubicado en la provincia de Buenos Aires destinado a vivienda única y de ocupación permanente sea inembargable e inejecutable, es constitucional al igual que sus normas reglamentarias.

En este contexto, consideró que la normativa reglamenta de manera directa el derecho a la protección de la vivienda familiar consagrado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, que tanto la Nación como la provincia pueden regular ese tema y que el legislador bonaerense no interfirió en facultades propias del Congreso Nacional. Además, entendió que la ley provincial no se opone a la nacional, sino que son compatibles.

Desde esa postura, la ley cuestionada estaría regulando materia referente a seguridad social, según surge del artículo 14 bis de la CN, y no materia de fondo.

(1) Para una mejor comprensión del tema se recomienda la lectura de "Recurso extraordinario de inconstitucionalidad de ley. Vivienda única y familiar. Ley 14432. Bien de familia. Declaración de inconstitucionalidad. Ejecución de sentencia. Levantamiento de embargo. Citación de venta". Recuperado de <https://www.erreius.com/Jurisprudencia/documento/20190117155838657>

Abramovich puntualizó que en el ámbito de la seguridad social hay materias cuya regulación se reserva a la Nación, pero existen otras que son de competencia concurrente de aquella y las provincias, como los actos de legislación y administración relacionados con los beneficios de la seguridad social en la esfera no contributiva para la cobertura de riesgos y contingencias que afectan condiciones básicas de existencia.

Explicó que existe un ámbito de reglamentación de medidas de protección social que es compartido entre la Nación y las provincias, en el que se insertan aquellas regulaciones que apuntan a asegurar las condiciones materiales mínimas para el desarrollo y la integridad de la familia, que comprende el resguardo de la propiedad de la vivienda, sede del hogar familiar, en el que se encuadra la ley provincial 14432 (2).

Frente a las posturas divergentes desde los tribunales de segunda instancia, entendemos que, acorde al principio de progresividad de los derechos humanos (3), la ley 14432 regula con mayor amplitud el derecho a la vivienda digna que la normativa establecida por el nuevo Código Civil y Comercial. Además, consideramos que la protección de los derechos sociales, entre los que se encuentra la vivienda, no es exclusiva de la Nación, ya que fue conservada por las provincias, quienes, si bien no pueden legislar en desmedro de aquella, pueden ampliarla en el orden local.

Entendemos que cuando se trata de la protección y tutela de los derechos humanos, el legislador nacional debe fijar un piso y que, por lo tanto, las provincias pueden fijar criterios más protectorios. En ese sentido, creemos que el Estado debe mejorar progresivamente las condiciones de goce y ejercicio del derecho a la vivienda y, de acuerdo a las normas internacionales no debe adoptar medidas, políticas y normas jurídicas mediante las cuales se empeore el derecho a la vivienda digna.

Así, por ejemplo, el artículo 41 de la CN ha puesto en cabeza del Congreso Nacional dictar la Ley de presupuestos mínimos, y ello no invalida que el legislador provincial legisle de manera más protectoria el derecho de todos los habitantes a gozar de un ambiente sano. La vivienda es también un derecho de raigambre constitucional y convencional, ¿qué criterios pueden contemplarse para que en

(2) Se aconseja la lectura del Dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia, Dr. Abramovich. Recuperado de <https://www.fiscales.gob.ar/procuracion-general/dictaminan-que-es-constitucional-la-ley-bonaerense-que-protege-la-vivienda-unica-familiar/>

(3) Este principio implica el gradual progreso para lograr su pleno cumplimiento, es decir, que para el cumplimiento de tales derechos se requiere la toma de medidas a corto, mediano y largo plazo, pero procediendo lo más expedita y eficazmente posible.

algunos casos se permita y en otros no? ¿Es el derecho a un ambiente sano pasible de ser ponderado con mayor amplitud que el derecho al acceso y disfrute de una vivienda adecuada?

Finalmente, consideramos que la inejecutabilidad de la vivienda única debería estar fijada como principio, sin necesidad de solicitud en beneficio de toda vivienda destinada a habitación de una persona y su familia, excluyendo a ese inmueble de la prenda común de todos los acreedores.

VI. Bibliografía

Abramovich, V. (2004). *Una aproximación al enfoque de los Derechos en las estrategias y políticas de desarrollo*. Recuperado de <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/11102> [Fecha de consulta: 02/2020].

Cárcova, C. M. (1993). *Teorías Jurídicas Alternativas. Escritos sobre Derecho y Política*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina (p. 25).

Cayuso, S. (2007). *Constitución de la Nación Argentina: Claves para el estudio inicial de la norma fundamental*, 1ra ed. Buenos Aires: La Ley.

Ekmekdjian, M. A. (1995). *Tratado de Derecho Constitucional*, T. II. Buenos Aires: Editorial Depalma.

Gelli, M. A. (2004). *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada, tercera edición ampliada y actualizada*. Buenos Aires: La Ley.

Gil Domínguez, A. (2014). Supremacía convencional, inembargabilidad e inejecutabilidad de la vivienda adecuada y derecho común: una mirada distinta. *La Ley*, 2014-A (p. 324). Buenos Aires: La Ley.

Gil Domínguez, A. (2016). *El Estado constitucional y convencional de Derecho en el Código Civil y Comercial*, 2da ed. Buenos Aires: Editorial Ediar.

Losada Revol, I. y Dubinsky, K. (2012). *El derecho a una vivienda adecuada a la luz del derecho Internacional de los derechos Humanos*. Recuperado de http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf110176-dubinsky_karina_a-derecho_una_vivienda_adecuada.htm?0-2.IBehaviorListener.0-search~panel-form-searcher-text&bsrc=ci [Fecha de consulta: 02/2020].

Nogueira Alcalá, H. (2009). *Los Derechos Económicos Sociales y Culturales como derechos fundamentales en el constitucionalismo Democrático Latinoamericano*. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200007. [Fecha de consulta: 02/2020].

Ruiz, A. (1991). La Categoría del sujeto del Derecho. En A. Ruiz, *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Ruiz, A. (2009). ¿Quiénes son sujetos de derechos? ¿Quién dice que es el bien común? En AA.VV., *Políticas de Reconocimiento*. Buenos Aires: Ediciones Ají de Pollo.

Prieto Sanchís, L. (2001). *Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. Recuperado de [http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/5/6900111\(201-228\).pdf](http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/5/6900111(201-228).pdf) [Fecha de consulta: 12/2019].

Recurso extraordinario de inconstitucionalidad de ley. Vivienda única y familiar. LEY 14432. Bien de familia. Declaración de inconstitucionalidad. Ejecución de sentencia. Levantamiento de embargo. Citación de venta. Recuperado de <https://www.erreius.com/Jurisprudencia/documento/20190117155838657> [Fecha de consulta: 09/2020].

Procuración General. *Dictaminan que es constitucional la ley bonaerense que protege la vivienda única familiar*. Recuperado de <https://www.fiscales.gob.ar/procuracion-general/dictaminan-que-es-constitucional-la-ley-bonaerense-que-protege-la-vivienda-unica-familiar/> [Fecha de consulta: 09/2020].

Jurisprudencia

Cámara Civil y Comercial, Azul, Sala I, “Rodríguez Jorge A. c/ Paleo, Elda y/u otro s/ daños y perjuicios”. Causa N° 1-60155-2015.

Juzgado en lo Civil y Comercial N° 2, Olavarría, “Banco Mayo coop. ltdo. —su quiebra— c/ sucesores de Volpi, Carlos Alberto s/cobro ejecutivo”. Causa N° 1-60035-2015.

Juzgado en lo Civil y Comercial N° 2, Tandil, “Mazzone José Luis y otro/a c/ Barrionuevo Juan José y otro/a s/ejecución hipotecaria”. Causa N° 1-60863-2015.

Cámara segunda Civil y Comercial, La Plata, Sala 2, “H.M. c/ G.M.A sobre cobro ejecutivo de alquileres”. Causa N° 119.128.

Legislación

Organización de las Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En S. Cayuso, *Constitución de la Nación Argentina, Clave para el estudio inicial de la Norma Fundamental*. Buenos Aires Editorial La Ley.

Comité de DESC (2006). Observación N° 4. Recuperado de <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm4s.htm>

Ley 14432 de Inembargabilidad e inejecutabilidad de la vivienda única, provincia de Buenos Aires. Recuperado de <http://www.cmycquilmes.com/index.php/informacion/legislacion/10-ley-14432>

Fecha de recepción: 06-03-2020

Fecha de aceptación: 10-09-2020

La Secretaría de Gobierno existente en los años 1974-1975 y la Jefatura de Gabinete

POR **LUIS ASIS DAMASCO**(*)

Sumario: I. Antecedentes históricos y composición del Poder Ejecutivo Nacional.- II. Origen de la Secretaría de Gobierno, sus competencias y sus fines políticos de la época. Síntesis de los antecedentes del Coronel Damasco. La Reforma Constitucional de 1994 que inserta la Jefatura de Gabinete.- III. Entre las reformas y el realismo político.- IV. Conclusión.- V. Bibliografía.

Resumen: la Secretaría de Gobierno fue creada en 1974, producto de una necesidad histórica y política. El entonces Presidente, General Juan Domingo Perón, creó esta secretaría de Estado, única en su tipo, dotándola de funciones que le permitieran a su titular, el Coronel Vicente Damasco, llevar adelante dos grandes decisiones políticas: pacificar la Nación, promoviendo el diálogo al más alto nivel de todos los dirigentes de los partidos políticos, sus respectivos sectores juveniles, los gremios, las Fuerzas Armadas, la Iglesia Católica, facilitando de ese modo el mutuo entendimiento y la concordia, tan necesarios en esos convulsos años setenta, y la instrumentación de las reformas estructurales que Perón pensó para el Estado argentino, regido por vetustas instituciones decimonónicas, y convertirlo así en un Estado moderno y eficiente. Analizaremos sus similitudes y diferencias con la jefatura de gabinete creada en la reforma constitucional de 1994.

Palabras claves: presidencialismo - reforma constitucional - Secretaría de Gobierno - Consejo para el Proyecto Nacional

(*) Abogado, Universidad Nacional de La Rioja. Prof. Ordinario Derecho Internacional Público, Universidad Nacional de La Rioja. Doctorando en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja.

The Secretariat of Government that existed during years 1974-75 and the Chief of Cabinet

Abstract: *The Secretariat of Government was created in 1974, originated in politics and historical necessities. The President, General Juan Domingo Perón, created this Secretary of State, one of a kind, providing it of functions that allowed to its holder, Colonel Vicente Damasco, carry out two main great political decisions of the President Perón's government: Pacify the Nation, promoting dialogue at the highest level of the politicians, its main political parties, all the youth branches, the Armed Forces, the Catholic Church, facilitating the mutual understanding and concord, so necessary in that 70's decade; the other main decision was the making up of structural state reforms that Perón planned for the Argentinian State, ruled by ancient and obsolete nineteenth-century institutions, and converted in a modern and efficient state. We will compare its differences and similitudes with the Chief of Cabinet created in the constitutional reform of 1994.*

Keywords: *presidentialism - constitutional reform - Secretariat of Government - National Project Council*

I. Antecedentes históricos y composición del Poder Ejecutivo Nacional

En la realidad política argentina, la cuestión del presidencialismo tiene vigencia, pues es una valoración presente que, siendo el presidente “fuerte” o “débil”, según las circunstancias, se especulará y concluirá que, ante una autoridad presidencial sólida, se requiere una figura institucional de contrapeso dentro del mismo ejecutivo y, si fuera “débil”, alguien que lo sostenga en aras de la preservación de la gobernabilidad.

A lo largo de nuestra historia, la conformación política e institucional del Poder Ejecutivo ha variado: Primera Junta; Junta Grande; Triunviratos; Directorio; Gobernadores con representación de las relaciones exteriores (Rosa, 1977, p. 260); Director Provisorio (Bosch, 1970, p. 186); y finalmente, Presidente de la Nación como máxima institución política de la Nación (Busaniche, 1982, p. 654). La primera vez que existió un Ministerio de Gobierno fue durante el gobierno del General Martín Rodríguez, creado por la ley ministerial del 18 de julio de 1821, designándose a Bernardino Rivadavia (Rosa, 1973, pp. 337-338).

Nuestra Constitución Nacional asigna al Presidente de la Nación atribuciones de “Jefe Supremo de la Nación, Jefe del Gobierno y responsable político de la administración general del País” (artículo 99, inciso 1), hace que el mismo sea “el órgano supremo y único, y asume la representación y representatividad del Estado ante los otros Estados, (...) personifica al Estado y sus actos trasuntan la voluntad

de éste” (Rizzo Romano, 1994, p. 249). El Poder Ejecutivo es unipersonal, constituido exclusivamente por el Presidente de la Nación (Farrando, 2000, p. 142). Todo ello define a nuestro régimen como presidencialista (Ortiz de Rozas, 1995, p. 1). De esta manera, el presidente de la Nación tendría tres potestades bien diferenciadas que la constitución le reconoce: la política gubernativa, la administrativa (aunque desde la reforma constitucional de 1994 quedó limitada a la “responsabilidad política de la misma”), y la ejecución (Bidart Campos: 2005, p. 321). Por lo tanto, a raíz de dicha reforma constitucional, que crea la jefatura de gabinete, como veremos más adelante, “el presidente tiene la gestión de gobierno, mientras que el jefe de gabinete tiene la función de administración” (Dromi y Menem, 1994, p. 335).

Los contextos políticos se han encargado de reforzar en los hechos esa concentración de poder institucional y político en cabeza del presidente. A pesar de ello, “nada autorizaba, en la Constitución, el imperio de la voluntad de un individuo o la omnipotencia de un magistrado que gobernase sin control ni responsabilidad. Fue la realidad social y política la que destruyó la división de poderes y amplificó el área funcional del Poder Ejecutivo. Lo que lo convirtió en el único centro de poder efectivo” (Fayt, 1995, p. 157).

Sin embargo, en otras administraciones “como la británica o italiana, tiene escasos poderes o se limita a funciones meramente representativas y las ejecutivas son asumidas por el Jefe de Gobierno, normalmente un primer ministro” (Barboza, 2008, pp. 336-337). Estas funciones diferenciadas caracterizan al régimen parlamentario, ya que aquel es designado por este (Ortiz de Rozas, 1995).

Durante la presidencia de Don Marcelo Torcuato de Alvear (1922-28) en su gobierno delegó a sus ministros —en los hechos— el grueso de la tarea gubernativa. “Fue la suya una administración fiestera, mechada de inauguraciones y veladas, abillantada de rumbosos agasajos a los príncipes y personalidades europeas (...)” que visitaban el país; “suponíase que eso era el summum del buen gobierno: gobierno a la europea con su gabinete omnímodo y su presidente minúsculo y decorativo” (Luna, 1985, p. 298).

Fuera de dicho ejemplo de atenuación del presidencialismo en los hechos, el Poder Ejecutivo en lo sucesivo ejerció la plenitud de las atribuciones que otorga la Constitución Nacional al presidente de la Nación. No obstante este último ejemplo, el sistema presidencialista fue sinónimo en la política argentina de un poder ejecutivo omnímodo, que no solo decide cuestiones normales de su competencia, sino que ejerce una jefatura política de su partido y/o espacio político en forma fáctica, de modo que influye en los legisladores, gobernadores e intendentes de dicho sector.

II. Origen de la Secretaría de Gobierno, sus competencias y sus fines políticos de la época. Síntesis de los antecedentes del Coronel Damasco. La Reforma Constitucional de 1994 que inserta la Jefatura de Gabinete

II.1. La Secretaría de Gobierno

La Secretaría de Gobierno fue creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional (PEN) N° 539/74 (Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 21/02/1974). Dependiente del Presidente de la Nación (artículo 1), su competencia era la de “asistir al Presidente en todo lo inherente al ejercicio de su función constitucional en los asuntos que le encomiende”. Por el decreto N° 540/74 (Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 21/02/1974) se designó al Coronel Vicente Damasco, con retención de su cargo de Secretario Militar de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación (artículo 1°), cuya designación —por decreto N° 975/73 (1)— marcaba el inicio del Coronel en la función pública.

En nota del 19 de febrero de 1974, el Presidente Perón detalla y precisa al Coronel Damasco sus funciones a cargo de la Secretaría de Gobierno (Asis Damasco, 2019, p. 65):

De acuerdo con el decreto N° 539, del día 15 de febrero de 1974, que crea la Secretaría de Gobierno, las funciones iniciales a través de las cuales esa Secretaría cumplirá su misión son:

1º: Asistir al Presidente de la Nación en la conducción del desarrollo social integrado del País.

2º: Asistir al Presidente de la Nación en la formulación del Modelo Argentino.

3º: Asistir al Poder Ejecutivo Nacional en la formulación de la versión gubernamental del Proyecto Nacional.

4º: Orientar, de acuerdo con las instrucciones de esta Presidencia, la formulación de los planes de desarrollo de los distintos campos de la actividad nacional, y ocuparse específicamente de la relación entre campos.

5º: Realizar el análisis permanente de la marcha del País, y específicamente el control superior de la acción de gobierno; y orientar las la-

(1) No fue publicado en el Boletín Oficial, firmado por el Presidente Juan Domingo Perón el 31 de diciembre de 1973 y refrendado por el Ministro de Defensa, Ángel Robledo, solo consta con la numeración 637.456 de la Dirección de Decretos y con el número 471 del Comando General del Ejército.

bores de las oficinas de control de gestión de los distintos campos, las cuales funcionalmente se sujetarán a las normas de trabajo y demás requerimientos que esa Secretaría formule.

6º: Conducir la política de asistencia técnica externa e interna.

En su articulado podemos apreciar que las funciones y competencias de la Secretaría de Gobierno estaban destinadas a ejercer un rol protagónico en la diagramación y ejecución del legado político del General Perón (incisos 2º y 3º), colaborando con el Presidente en las tratativas políticas de máximo nivel con importantes sectores de la vida nacional, como son los partidos políticos, las fuerzas armadas y la juventud. Por otra parte, Perón se encargaría en forma exclusiva de las relaciones con las organizaciones empresariales y las obreras, reservándole a Damasco las relaciones del Estado con la Iglesia Católica.

En ocasión del viaje del Presidente Perón a Uruguay, el 19 de noviembre de 1973, delegó el mando en su vicepresidente, la señora María Estela Martínez Perón; el General le aconsejó a su esposa: “no firmes nada sin que Damasco lo vea” (Asis Damasco, 2019, p. 66).

Por decreto PEN N° 1718/74 (Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 12/06/1974) se creó la Secretaría General de Gobierno, a la que se transfieren las funciones de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación y de la Secretaría de Gobierno (artículo 5º). Como titular de dicha flamante Secretaría se designó al Coronel Vicente Damasco, por decreto PEN N° 1720 (Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 12/06/1974), con retención de su cargo de Secretario Militar (artículo 1). Cabe destacar que por decreto N° 1854/73 (Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 16/10/1974), al fijar las atribuciones de la Secretaría General, bajo el título “Funciones”, se establece, entre otras:

La coordinación de los planes de acción política del Gobierno Central con los de las respectivas provincias; la vinculación con los ministerios de Interior, Defensa y Justicia, en materia política; la formulación de políticas de acuerdo a los acontecimientos internos y su repercusión pública; las relaciones con los bloques partidarios del Congreso de la Nación, con los legisladores y con las organizaciones políticas nacionales.

Estas atribuciones quedaban comprendidas en la subsunción de la secretaría de marras en la flamante Secretaría General de Gobierno.

Las funciones que hoy posee la Secretaría General de la Presidencia distan mucho de tener dicha relevancia, circunscripta al ámbito presidencial, según se puede apreciar en el decreto 801/2018 (Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos

Aires, 05/09/2018), que, a su vez, modifica la Ley de ministerios N° 22.520/92 (Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 12/03/1992).

La figura institucional de la Secretaría General de Gobierno ha sido una secretaría de Estado de creación inédita que se hizo eco de la necesidad de atenuar el presidencialismo. En ese entonces no existía la figura del Jefe de Gabinete, introducido por la reforma constitucional de 1994, rigiendo la constitución de 1853. Durante la tercera presidencia del General Juan Domingo Perón existió el imperativo político de robustecer la gobernabilidad en una época muy difícil de la Argentina. El Presidente Perón requería que su principal hombre de confianza, Damasco, tuviese la mayor atribución y respaldo político posible para que este materialice su legado político: el Modelo Argentino para el Proyecto Nacional. Dicho documento surgió de una histórica conversación del General Perón con el Coronel Damasco a mediados de noviembre de 1973, cuando este le refirió la necesidad del planeamiento en la conducción superior del Estado, así como la necesidad de políticas de Estado en materia de desarrollo y modernizar el Estado, entre otras cosas que Damasco había estudiado y profundizado por su docencia universitaria y su especialización en Estados Unidos. A lo que Perón coincidió con él, ya que veía la necesidad de reformar muchos de los ámbitos de la vida nacional, y es en virtud de ello, de instrumentar el legado del general, que Damasco comienza dicha tarea a través de su primer cargo: la Secretaría Militar. Mayores precisiones exceden el objeto del presente artículo.

El modelo argentino para el proyecto nacional y la reforma constitucional (2) eran las reformas institucionales más trascendentales de la vida política argentina del siglo XX. Para ello fue la creación de la Secretaría de Gobierno a cargo de un militar joven, como Damasco, de 48 años de edad en febrero de 1974, docente universitario y sin compromisos partidarios de ninguna clase, dotándolo de la autoridad moral elemental para aglutinar consensos.

Para lo primero, debemos citar el proyecto de decreto, inédito y desconocido, de la creación del Consejo para el Proyecto Nacional, que Perón anunciara a la Asamblea Legislativa en la apertura de sesiones ordinarias del Congreso de la Nación, el 1° de mayo de 1974:

Quiero finalmente referirme a la PARTICIPACIÓN dentro de nuestra democracia plena de justicia social. EL ciudadano como tal se expresa a través de los partidos políticos, cuyo eficiente funcionamiento ha dado a este recinto su capacidad de elaborar historia. Pero también el hombre se expresa a través de su condición de trabajador, intelectual,

(2) La Reforma constitucional, cuyo estudio iba a estar a cargo de Damasco en la Secretaría, nunca se alcanzó a materializar, solo quedó en un borrador.

empresario, militar, sacerdote, etc. Como tal, tiene que participar en otro tipo de recinto: el CONSEJO PARA EL PROYECTO NACIONAL que habremos de crear enfocando su tarea sólo hacia esa gran obra en la que todo el país tiene que empeñarse.

Ningún partícipe de este CONSEJO ha de ser un emisario que vaya a exponer la posición del Poder Ejecutivo o de cualquier otra autoridad que no sea el grupo social al que represente (3) (pp. 10-11).

Por el fallecimiento del presidente Perón no pudo concretarse, pero es necesaria la parcial transcripción del borrador del decreto de su creación para apreciar las competencias del mismo y su presidencia por parte del Secretario de Gobierno Damasco:

ARTÍCULO 1º: CREASE el CONSEJO DE CONSULTA Y ESTUDIO PARA EL PROYECTO NACIONAL bajo la Presidencia del SECRETARIO GENERAL DE GOBIERNO, a quien secundará como Vicepresidente el SUBSECRETARIO GENERAL DE GOBIERNO.

ARTÍCULO 2º: El Consejo estará integrado además por los asesores de la SECRETARÍA GENERAL DE GOBIERNO y por aquéllos funcionarios de los distintos organismos del Estado que se considere oportuno convocar para el cumplimiento de las tareas asignadas.

ARTÍCULO 3º: El Consejo tendrá las siguientes funciones:

Realizar las consultas pertinentes con todas las organizaciones que componen la Comunidad Organizada.

Efectuar los estudios correspondientes a fin de analizar y armonizar, las distintas ideas que sobre el Proyecto Nacional expongan las organizaciones del Pueblo.

Elaborar un documento especial en el que consten agrupados por temas las opiniones que viertan las organizaciones del Pueblo sobre el Proyecto Nacional.

ARTÍCULO 4º: A fin de armonizar las tareas con la COMISIÓN DE CONSULTA Y ESTUDIO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL, este cuerpo realizará sus estudios de manera tal que el documento de com-

(3) Las mayúsculas forman parte del discurso original leído por el Presidente Perón a la Asamblea Legislativa el 1º de mayo de 1974.

patibilización coincida con la de las tareas del CONSEJO DE CONSULTA Y ESTUDIO PARA EL PROYECTO NACIONAL (4).

La reforma constitucional, cuya Comisión de Consulta y Estudio también estaba a cargo del Coronel Vicente Damasco, cuyos temas a tratar serían, según lo documentado por él en sus memorias inéditas (5):

Conformar la verdadera identidad del País, el tipo de sociedad preferido y el perfil del Hombre Argentino; Reforzar la independencia de los poderes del Estado; Vigorizar el Poder Judicial básicamente para la lucha contra la corrupción; Facilitar el crecimiento económico; Instituir el cargo de Primer Ministro/Ministro Coordinador; Crear el Ministerio de la Familia para atención especial de ancianos, juventud, minoridad, infancia, minusválidos y mujer desamparada; Crear el Ministerio de Ciencia y Técnica y Medio Ambiente; Incluir en su articulado el cumplimiento del Proyecto Nacional y otros temas más (pp. 257-158).

La importancia institucional y gravitación política del Coronel Vicente Damasco en el tercer gobierno del General Perón es innegable y la analogía de la Secretaría General de Gobierno con la función de un Primer Ministro era por demás evidente; la prensa de la época, en forma unánime, destaca dicha importancia, como por ejemplo, el reconocido periodista Heriberto Kahn, en el diario *La Opinión* (25/06/1974), publicó un artículo cuyo título era “De la Secretaría General de Gobierno al Primer Ministro”, que comienza resaltando la importancia que en los gobiernos presidencialistas argentinos ha tenido históricamente el Ministro del Interior y el Secretario General de la Presidencia, y cómo ello había cambiado con la asunción del Presidente Perón, pues dicha Secretaría General iba asumiendo competencias relevantes desde que su titular era el Dr. Solano Lima, manifestando la voluntad de “incorporar la figura del Primer Ministro a un régimen presidencialista fuerte tal como ocurre en la V República Francesa”. Dicha decisión se había afianzado con el nombramiento del Coronel Vicente Damasco, cuya Secretaría General de Gobierno absorbería a la Secretaría General de la Presidencia, como describimos *ut supra*, dicha “función (...) (se) demuestra en la multiplicidad de las áreas en las que desarrolla sus tareas (...) quizá estemos asistiendo (...) a un ensayo o acaso al embrión del primer ministro. La función también en política

(4) Borrador del decreto del archivo personal del Coronel Vicente Damasco; su formato, con palabras íntegramente en mayúsculas, constan en el original.

(5) Las memorias inéditas del Coronel Damasco fueron escritas entre los años 1990 y 1992. En las mismas plasmó aspectos desconocidos hasta el día de la fecha sobre su experiencia en el tercer gobierno del General Perón y el gobierno de María Estela Martínez de Perón. Su contenido se verifica por los originales manuscritos y demás documentación —decretos del PEN, correspondencia epistolar, fotografías, etc.—, además del testimonio de quienes fueron funcionarios de la época.

hace al órgano” (6). Pero como aún eso no bastaba, también se establecía el Sistema de Control de Gestión de Estado, porque, como ya lo expresáramos antes, el presidente Perón quería que la Argentina fuese un Estado eficiente, y ello solo se logra con control.

La Secretaría General de Gobierno existió hasta el 24 de marzo de 1976, aunque sin el Coronel Damasco como titular de la misma, por haber sido designado Ministro del Interior por decreto N° 2181/75 (Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 18/08/1975); el resultado de dicho cambio fue que el eje político se trasladó al cargo que luego ostentó Damasco. En la primera reunión que tuvo Isabel con los ministros, “asignó (la Presidente María Estela Martínez de Perón) al Coronel Damasco la función de Coordinador de gabinete, es decir, el rango virtual de un Primer Ministro” (González, 2011, p. 289). También presidía la reunión con los gobernadores.

II.1.2. Breves referencias del Coronel Vicente Damasco: de Jefe de regimiento a Secretario de Gobierno. De la cátedra universitaria a la presidencia (7)

El presidente Perón, previendo el relevo de Damasco en la jefatura del regimiento de granaderos a caballo (cuya jefatura había asumido en junio de 1973), creó la Secretaría Militar de modo de no perder su valiosa colaboración. Aquel histórico 5 de enero de 1974, en la ceremonia del traspaso de la jefatura de dicho regimiento, Perón, con grado militar reintegrado (al ser derrocado en 1955 había sido degradado), visitaría por primera vez desde 1955 un regimiento (Asis Damasco, 2019, p. 64).

El rol docente de Damasco lo diferenciaba de otros políticos de ese entonces. El 1 de agosto de 1972 la **Asociación Civil Facultades Loyola**, a través de su presidente, el Rvdo. Padre Dr. Hipólito Salvo S.J., contrata al Cnel. Damasco para

(...) impartir clases y conferencias sobre Planeamiento y Organización a nivel universitario abarcando la teoría básica y su aplicación a casos concretos, con vistas a la puesta en marcha de un Instituto destinado a fines de investigación y docencia en área que demuestre ser de interés para la comunidad científica del complejo San Miguel de la Compañía

(6) El texto citado corresponde a un artículo periodístico del Sr. Heriberto Kahn publicado en el diario “La Opinión”, del cual solo falta el título de la página, ya que se guardó el artículo original pegado en un hoja.

(7) La breve reseña biográfica que se hace del Coronel Damasco es a los fines que se comprendan sus antecedentes profesionales y académicos. Creemos necesario que sean conocidos puesto que serán determinantes a la decisión del presidente de la Nación de crear la Secretaría de Gobierno.

de Jesús y su zona de influencia y con ámbito de acción extensivo al orden nacional e internacional (8).

En efecto, creado el Instituto de Ciencia y Tecnología, el citado presidente de la Asociación Civil Facultades Loyola designó a Damasco como Director General del instituto, con retención del cargo de Director de los Departamentos de Ciencia y Tecnología de Capacitación y Servicios Especiales del mismo (9).

La actual Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires nació como “Fundación Universidad de Tandil”, siendo Damasco el principal impulsor de su nacionalización.

En ese entonces, Tandil competía con Olavarría para el establecimiento de la Universidad y esta contaba con un fuerte apoyo económico.

El Cnel. Damasco, a la sazón Secretario General de Gobierno, en ocasión de tratarse la cuestión educativa en una reunión de gabinete, con las siguientes palabras le solicitó al Presidente Perón: “Mi General, Tandil necesita la nacionalización de su Universidad, hoy a cargo de una Fundación. Usted sabe que hace años que venimos trabajando en bien de la región” (Damasco, 1990/92, p. 161).

El ministro de educación de ese entonces se inclinaba por Olavarría e, incluso, tenía la lista de candidatos para el rectorado. El Gral. Perón expresó: “Aquí la palabra más autorizada en esto la tiene Damasco, que es profesor de la Universidad desde hace varios años”, para luego agregar “conviene hacer lo que el Coronel nos sugiere” (Damasco, 1990/92, p. 162).

El profesor Damasco no utilizó solamente su posición política, sino su cabal conocimiento de la situación, pues llegó a ser profesor titular por concurso de seis cátedras en cuatro facultades: Ciencias Económicas, Veterinaria, Ingeniería y Físico-matemáticas desde fines de los años 1960; tan solo percibía viáticos.

También en forma honoraria desempeñó en la referida Universidad los cargos de Subdirector del Instituto de Investigaciones socio-económico-culturales, Director del Departamento de Medios Audiovisuales y Director del Departamento de Planificación Educativa.

(8) Reproducción parcial de la Cláusula Primera del Contrato de locación de servicios firmado entre el presidente de la Asociación Civil Facultades Loyola, Rvdo. Padre Dr. Hipólito Salvo S.J. y el Coronel Vicente Damasco.

(9) Artículo 1 de la Resolución del Presidente de la Asociación Civil Facultades Loyola, de fecha 3 de septiembre de 1972.

II.2. La Jefatura de Gabinete

La ley 24.309/93 (Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 31/12/1993), que declaró la necesidad de reforma de la Constitución Nacional, en la sección del “Núcleo de Coincidencias Básicas” incluye la modificación del sistema presidencialista, promoviendo la creación de un Jefe de Gabinete de Ministros, nombrado y removido por el Presidente de la Nación, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación, que podrá también removerlo mediante un voto de censura. Los antecedentes de la reforma constitucional los hallamos en el “Consejo para la Consolidación de la Democracia”, creado por decreto 2446/85, en el Pacto de Olivos y Pacto de la Casa Rosada (Sagüés Néstor, 2001).

Roberto Dromi y Eduardo Menem, en su obra *La Constitución Reformada* expresan al respecto:

La preeminencia del jefe de gabinete como titular de la administración general del país y por tener constitucionalmente la administración jerárquica del personal, y de las rentas e inversiones públicas, lo asimila en la forma presidencialista al primer ministro de los sistemas parlamentarios, que dirige la acción de gobierno y coordina las funciones de los demás miembros del propio gobierno (p. 352).

Quizás se creyó que por su “supuesta mayor responsabilidad parlamentaria y supuesta mayor autonomía” mitigaría el presidencialismo, pero nada de eso ocurrió en la práctica (Gordillo, 2017, pp. 12-27).

Las competencias del Jefe de gabinete se encuentran en los artículos 100 y 101 de la Constitución Nacional. El primero enumera sus atribuciones: ejercer la administración general del país (inciso 1); expedir los actos y reglamentos que sean necesarios para ejercer las facultades que le atribuye este artículo y aquellas que le delegue el presidente de la Nación (inciso 2); efectuar los nombramientos de los empleados de la administración, excepto los que correspondan al presidente (inciso 3); ejercer las funciones y atribuciones que le delegue el Presidente de la Nación (inciso 4); hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la ley de presupuesto nacional (inciso 7); concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates, pero no votar (inciso 9); producir los informes y explicaciones verbales o escritos que cualquiera de las cámaras solicite al Poder Ejecutivo (inciso 11); refrendar conjuntamente con los demás ministros los decretos de necesidad y urgencia y los decretos que promulgan parcialmente leyes (inciso 13). El inciso 2 presenta cierta flexibilidad en cuanto a sus atribuciones, ya que el presidente por decreto las podría aumentar o disminuir, como son los decretos 13/15 (Boletín Oficial República Argentina, Buenos Aires, 11/12/2015) y 1117/18 (Boletín Oficial

República Argentina, Buenos Aires, 10/12/2018), modificatorios ambos de la ley de ministerios 22.520/92.

A 25 años de la creación del Jefe de Gabinete no se aprecian cambios sustanciales, fuera de los informes que presenta ante el Congreso y las entrevistas y/o conferencias de prensa en medios de comunicación. La moción de censura que establece el artículo 101 de la Constitución Nacional a los fines de ser censurado o interpelado nunca ha sido utilizada (Sagüés, 2001, p. 580). Si cesaba en sus funciones era porque el Presidente le solicitaba la renuncia. Tampoco ha servido, como también se deseaba, de “fusible” (Quiroga Lavié, 2009), que permitiera sortear una crisis política sin que se desestabilice el gobierno completo; la crisis de diciembre de 2001 es una prueba de ello. Farrando nos precisa muy bien cuál es la naturaleza jurídica del Jefe de Gabinete, expresando que “no es primer ministro pues no ejerce funciones gubernativas” (2000, p. 143), por lo que, a fin de cuentas, se quiso insertar una figura del sistema parlamentario con otro nombre, sin que se haya modificado en algo el presidencialismo, ya que es evidente que ello no es suficiente.

III. Entre las reformas y el realismo político

Podemos afirmar que el Jefe de Gabinete se asimila, actualmente, a un vocero presidencial, un conveniente funcionario de jerarquía que se expone, sea ante la opinión pública o ante la oposición en el Congreso, pero que no toma grandes decisiones, que justamente son las que tienen costo político. La audaz creación por parte del presidente Perón de la Secretaría de Gobierno, luego Secretaría General de Gobierno, fue promover a la máxima escena política a quien consideró el arquetipo de lo que podría haber sido un futuro presidente (también lo hizo pensando en Damasco como su sucesor político), tal como lo son los principales líderes políticos en el resto del mundo, de alto perfil intelectual y/o académico, primando la capacidad de este en vez de sus influencias y/o contactos. La cultura política argentina no estuvo preparada en ese entonces para ese tipo de liderazgo.

La inserción en la Constitución Nacional del Jefe de Gabinete está lejos de significar lo que inspiró una figura de ese tipo, largamente ansiada para atenuar el presidencialismo. Finalmente, sucedió lo que expresó el Dr. Joaquín V. González en su obra *El Juicio del Siglo*, que dicha innovación pudo haberse hecho con “la creencia sincera de que la letra hace la costumbre, o de la obediencia a la ley es un hecho que puede surgir de la existencia de ésta” (González, 2006, p. 103).

IV. Conclusión

Analizamos y describimos un órgano único en la historia argentina como la Secretaría de Gobierno y sus similitudes y diferencias con el jefe de gabinete. Lo que

tienen en común es la necesidad política de crear una conducción política del País que no esté ligada a cuestiones políticas, para que, de ese modo, las intrigas partidarias y/o internas no socaven la autoridad presidencial, ya que sabemos que en la historia argentina las crisis políticas son en gran parte crisis de liderazgo. Otra similitud fue la debilidad intrínseca de dichos cargos, que, en el caso de Damasco, no pudo sobreponerse a los embates de la prensa y a la falta de apoyo político de gobernadores y sindicalistas de la época, inmediatamente después del fallecimiento del presidente Perón. Los sucesivos jefes de gabinete no han sobresalido ni tampoco afrontado grandes desafíos, ya que a los ministros de economía (por dar un ejemplo de un ministerio crucial) los sigue designando el presidente, e insisto, en diciembre de 2001 fue la ocasión para que el jefe de gabinete propusiera una salida política, y no sucedió así.

La gran diferencia entre ambas figuras institucionales es que la Secretaría de Gobierno no estaba prevista en la Constitución, creándola el presidente por el decreto y por la nota presidencial que precisa sus funciones, que ya mencionamos *ut supra*.

El interrogante que nos queda es cómo tener una conducción política e institucional eficiente y firme. Una de las respuestas estaría en mejorar la calidad moral e intelectual de nuestros gobernantes y, también por parte de la ciudadanía, mayor conciencia que necesitamos instituciones más sólidas que los hombres que circunstancialmente las representan.

IV. Bibliografía

Asis Damasco, L. (2019). Perón y el Coronel Damasco, el sucesor que no fue. *Revista Todo es Historia*, N° 615 (pp. 62-67). Buenos Aires.

Barboza, J. (2008). *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalía.

Bidart Campos, G. (2005). Compendio de Derecho Constitucional (pp. 321-322). Buenos Aires. Editorial Ediar.

Bosch, B. (1970). Urquiza o La Constitución. *Suplemento Polémica* (pp. 186). Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.

Busaniche, J. (1982). *Historia Argentina*. Buenos Aires: Solar.

Damasco, V. (1990/92). *La Mano Derecha de Perón*, Capítulo II. Inédita (pp. 257-158).

Dromi, R. y Menem E. (1994). *La Constitución Reformada*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.

Fayt, C. (1995). *El Político Armado*. Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires (Eudeba).

Farrando, I. (h) (2000). *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Palma.

González, J. (2011). *Isabel Perón, Intimidaciones de un gobierno*. Buenos Aires: Editorial Docencia.

González, J. V. (2006). *El Juicio del Siglo*. Córdoba: Editorial Universidad Nacional de La Rioja.

Gordillo, A. (2017). *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. Tomo I*. Buenos Aires. Recuperado de <http://www.gordillo.com/tomo1.php>

Kahn, H. (1974). Nota en diario "La Opinión", *De la Secretaría General de Gobierno al Primer Ministro*, 25/06/1974.

López Rosas, J. (1996). *Historia Constitucional Argentina*. Buenos Aires: Astrea.

Luna, F. (1985). *Yrigoyen*. Buenos Aires: Hyspamérica.

Ortiz de Rozas, A. (1995). *El Jefe de Gabinete de Ministros: perfiles e interrogantes*. Recuperado de http://www.saij.gov.ar/doctrina/daca950068-fleitas_ortiz_de_rozas-jefe_gabinete_ministros_perfiles.htm?bsrc=ci

Perón, J. (1974). Discurso pronunciado el 1º de mayo ante Asamblea Legislativa. Buenos Aires. Editorial Códex.

Quiroga Lavié, H. (2009). *Derecho Constitucional Argentino*, tomo II. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Rizzo Romano, A. (1994). *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Ultra.

Rosa, J. (1973). *Historia Argentina*, tomos I y II. Buenos Aires: Oriente.

Sagüés, N. (2001). *Elementos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

Sitio Web: <http://servicios.infoleg.gob.ar>

Legislación

Decreto N° 1718/74. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 12/06/74.

Decreto N° 1720/74, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 12/06/74.

Decreto N° 1854/73, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 16/10/73.

Decreto 801/18, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 05/09/18. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/314078/norma.htm>

Ley de Ministerios N° 22.520/92, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 12/03/1992. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/48853/texact.htm>

Fecha de recepción: 30-03-2020

Fecha de aceptación: 22-07-2020

Tax Day - día de la declaración jurada tributaria en los Estados Unidos de América y en la República Argentina

POR MÓNICA BARIGGI(*)

Sumario: I. Introducción.- II. Declaración jurada tributaria y el *Tax Day*.- III. El impuesto a las ganancias/renta en Estados Unidos de América y el origen del día del tributo o *Tax Day*.- IV. *Tax Day* - el día de presentación de la declaración jurada tributaria en los Estados Unidos de América.- V. El *Tax Day* en Argentina.- VI. Origen del impuesto a las ganancias/renta en Argentina.- VII. El día de presentación de la declaración jurada del impuesto a las ganancias.- VIII. Conclusión.- IX. Bibliografía.

Resumen: en Estados Unidos de América acontece un gran evento que enmarca la presentación de información tributaria respecto del impuesto a las ganancias ante el fisco, llamado y reconocido como *Tax Day*. En nuestro país existe el mismo acto tributario para el mismo tipo de impuesto, sin embargo, la importancia de la fecha límite del día de la presentación de la declaración jurada del impuesto a las ganancias no se observa con las mismas características. Del análisis del *Tax Day*, sus orígenes y características, como así también de la identificación de las diferencias y similitudes con la norma argentina se pretenderá dar respuesta a por qué resulta ser tan importante en ese Estado este instituto.

Palabras claves: *Tax Day* - declaración jurada tributaria - día del tributo - impuestos directos - impuesto a las ganancias

(*) Prof. Adjunta interina de Finanzas y Derecho Financiero, Cátedra 3, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata (UNLP).

Tax Day - the day when income tax returns are filed in the United States of America and Argentine Republic.

Abstract: *in the United States of America there is an event of significant importance when income tax returns are filed before the IRS known as Tax Day. In our country there is the same tax event for the same type of tax, however, the significance of the deadline to file income tax returns does not share the same characteristics. From the analysis of the Tax Day, its origins, characteristics as well as its differences and similarities with Argentine Law, this paper will intend to explain why it is so important in America.*

Keywords: *Tax Day - tax returns filed - direct taxes - income tax.*

I. Introducción

Año tras año, en las proximidades del mes de marzo puede leerse, tanto en los medios locales de Estados Unidos de América como en los internacionales, el gran evento de relevancia local que enmarca la presentación de información tributaria ante el fisco, llamado y reconocido internacionalmente como *Tax Day* o *el día del tributo*. Dicho evento reside en una obligación de accionar por parte del residente de dicho país para con el Estado, implica un acto de ciudadanía, consiste en el plazo máximo que el fisco otorga para la presentación de la declaración jurada del impuesto a los réditos o ganancias.

Es seguro que la importancia no surge sólo de una buena publicidad o acto de propaganda por parte del ente recaudador, sino que la relevancia que adquiere este acto tributario en el país mencionado tiene su respuesta en otros factores más profundos y complejos, los cuales se pretenden analizar, revelando que uno de esos factores se encuentra relacionado con la historia del tributo donde se encuentra esta obligación de presentación de declaración jurada, y otro de los factores reside en el tipo de norma de creación de ese tributo, que, al mismo tiempo, en su evolución normativa terminó fijando el *Tax Day*.

En nuestro país existe el mismo acto tributario para el mismo tipo de impuesto; sin embargo, la importancia de la fecha límite del día de la presentación de la declaración jurada del impuesto a las ganancias no se presenta en ninguna jurisdicción tributaria con las mismas características reseñadas *ut supra*, en tanto en nuestro país resulta ser realmente una carga tributaria y no un gran evento de la ciudadanía.

Por tal motivo, el objetivo del análisis se encuentra centrado en comparar las legislaciones de ambos países, no solo en relación a las características del instituto *Tax Day* como declaración jurada tributaria del impuesto a las ganancias/renta

en el cual se encuentra inmerso, sino también la evolución histórica que dicho tributo tuvo tanto en Estados Unidos de América como en la República Argentina.

En este sentido, a fin de llevar a cabo el objetivo planteado, se abordará el análisis de aquellas aristas vinculadas a las características del tributo en cada país, teniendo en cuenta también su norma de creación para poder, de esta forma, estudiar la influencia —relevante o no— que tiene en ellos el *Tax Day*, para luego terminar con el análisis del procedimiento tributario de la declaración jurada que cada jurisdicción planifica para dicho acto tributario, abordando así un escenario comparativo lo más acabado posible del mismo instituto en ambas jurisdicciones.

Consecuentemente, se pretenderá dar respuesta a los interrogantes por qué resulta ser tan importante en Estados Unidos de América la referida figura y cómo repercute un instituto de similares características en jurisdicciones en donde algunas características vinculadas a su origen y norma de creación no coinciden con las de ese país.

II. Declaración jurada tributaria y el *Tax Day*

A fin de otorgar una primera aproximación al análisis del fenómeno del *Tax Day* en los Estados Unidos de América, debe adelantarse que, en principio, la actividad desarrollada en el mismo es la de una determinación tributaria.

En tal marco, debe recordarse que la determinación de la obligación tributaria implica una actividad, ya sea por parte del Estado, ya sea por parte del sujeto obligado al pago, mediante la cual se establece un acto o conjunto de ellos destinados a brindar información y recolectar, verificar y controlar elementos, datos y circunstancias de hecho, derecho y económicas, mediante los que se puede alcanzar a plasmar una situación tributaria concreta, detallada y específica, visualizando asimismo la cuantificación de obligación de pago.

En este orden de ideas, la determinación de la obligación tributaria por el sujeto pasivo resulta ser un acto efectuado por el propio contribuyente por el que reconoce una situación tributaria determinada declarándola ante el fisco.

Ahora bien, si la actividad declarativa que aquí se analiza fue cumplida con exactitud ante la IRS (administración tributaria) por el sujeto pasivo, el nacimiento, la determinación y la extinción de la obligación tributaria se cumplirán como una actividad exclusiva del sujeto pasivo, sin interferencia alguna del sujeto activo; este deber formal cumplido debidamente por el sujeto pasivo evita el uso de la potestad del organismo recaudador de proceder a la llamada determinación de oficio (recuperado de <https://www.irs.gov/>).

En definitiva y más allá de las diferentes posiciones que surgen de la profundización del análisis de este instituto, la autoliquidación, autodeterminación o determinación por sujeto pasivo en Estados Unidos de América resulta como consecuencia de la imposición de un deber formal establecido por las normas tributarias a cargo del sujeto pasivo, quien debe a tal efecto seguir los procedimientos precisos indicados en la legislación tributaria en forma forzosa, por lo que debe observársele al menos como un acto jurídico, que por sus características de declaración jurada hace responsable al declarante de su contenido, pudiendo el fisco a posteriori corroborar la exactitud de lo allí expresado (recuperado de <https://www.irs.gov/>).

Consecuentemente, del resultado de la confección de la declaración jurada puede devenir o no la obligación sustancial de pago, ello así dependiendo si de la información aportada al fisco se generen saldos a favor de la administración. En este último caso generalmente se establece que la presentación del deber formal se realice conjuntamente con la satisfacción del deber de pago y a esto no escapan los preceptos tributarios del país bajo análisis.

Es entonces que la declaración jurada tributaria —en sus modalidades de presentación papel o web— que prevé los Estados Unidos de América resulta ser la materialización de la determinación efectuada por el sujeto *de iure* de la obligación tributaria. Así, la forma y el plazo de presentación de este instrumento está dispuesta por el fisco; la no presentación, en los modos y tiempos apropiados, derivará en consecuencias negativas tales como sanciones por incumplimiento a deberes formales o el nacimiento y cómputo de intereses y accesorios, entre otras tantas consecuencias en detrimento del contribuyente (recuperado de <https://www.irs.gov/>).

En este sentido, la norma en la respectiva jurisdicción será la encargada de establecer el modo de tal determinación y el tiempo de la presentación. A fin de determinar el plazo, muchos fiscos establecen una norma llamada “calendario fiscal” o “calendario tributario”, en la que en forma organizada, clara y anticipada, el contribuyente y demás responsables tributarios tendrán los vencimientos de los respectivos gravámenes. En los Estados Unidos de América, la fecha está estipulada en una norma suprema y el día del vencimiento de la presentación de la declaración jurada se lo llama *Tax Day*, representando tal día el plazo máximo para la presentación de tal obligación formal, siendo estipulado en anual.

Tanto la presentación en el tiempo estipulado por la norma, como —de corresponder— el pago efectuado en el plazo determinado resultan ser obligaciones legales para el cumplimiento de la obligación tributaria y la satisfacción de los recursos tributarios a favor del fisco, más allá de la posterior potestad que detente el Estado de analizar, verificar y fiscalizar al obligado *de iure*, en tanto que

de proceder las devoluciones que puedan generarse a raíz de tal presentación, se efectuarán por la IRS con posterioridad a la fecha de presentación (recuperado de <https://www.irs.gov/>).

En definitiva, las características del *Tax Day* son:

Cuadro Nº 1

1-Cumplimiento de deber formal.
2-Presentación de declaración jurada anual.
3-Determinación de la obligación tributaria por sujeto pasivo.
4-Puede aparejar cumplimiento de obligación de pago o deber sustancial.
5-Obligación formal que obliga al sujeto pasivo.
6-Obligación que se cumplimenta web o escrito en la forma indicada por fisco.
7-Devoluciones por parte del fisco acaecen (de corresponder) con posterioridad a dicha fecha.
8-Límite temporal máximo para el cumplimiento del deber formal.

Fuente: elaboración propia en base a datos oficiales publicados por IRS. Recuperado de <https://www.irs.gov/>

III. El impuesto a las ganancias / renta en Estados Unidos de América y el origen del día del tributo o *Tax Day*

Concretamente, el planteo efectuado *ut supra* acaece en Estados Unidos de América, en donde si bien en algunas jurisdicciones la magnitud o importancia que adquiere puede ser concordante con alguna celebración que dé lugar a día feriado, lo cierto es que el *Tax Day* no resulta ser un día no laborable, sino que corresponde llamar así a la fecha en que las personas humanas tienen la obligación legal de presentar su declaración jurada anual, correspondiente al impuesto a la renta —tributo similar al impuesto a las ganancias en la República Argentina—.

Luego de analizar este mecanismo se podrá dilucidar el porqué de la importancia que este día posee sobre los ciudadanos y extranjeros que obtengan rentas provenientes de los Estados Unidos de América.

Para ello es necesario recordar que el origen del ritual anual que aparece en las primeras semanas del mes de abril de cada año está relacionado con la enmienda constitucional 16, aprobada por el Congreso de los Estados Unidos de América el día 2 de julio del año 1909 y ratificada el 3 de febrero del año 1913 (Terrel, 2012).

La fecha de vencimiento vinculada al mes de abril de cada año se debe a que el Congreso, luego de la ratificación de la enmienda 16 en el año 1913, dispuso que

la fecha límite de presentación de las declaraciones juradas tributarias fuera el día 1 de marzo (Terrel, 2012).

Posteriormente, en el año 1918, el Congreso adelantó la fecha de presentación de la declaración jurada bajo estudio para el 15 de mayo, fecha en donde permaneció hasta el año 1954.

Luego de ello, en 1954, la fecha se adelantó para el 15 de abril de cada año, dando así el sustento de por qué las fechas resultan ser coincidentes año tras año (Terrel, 2012). Es decir, que lejos de lo que acontece en institutos de similar naturaleza en la República Argentina, en donde las declaraciones juradas son fijadas año a año por el calendario fiscal de la jurisdicción recaudatoria que se trate el tributo, utilizando a tal fin normas inferiores a ley tales como disposiciones o resoluciones, en los Estados Unidos de América la fecha máxima de la presentación de la declaración jurada del impuesto a la renta fue establecida bajo fundamentos constitucionales por el Congreso y esta es una diferencia sustancial en la que se sostiene la importancia que adquiere el *Tax Day*.

Pero la relevancia del instituto bajo análisis no surge exclusivamente de la clase de norma en la que se sustenta su creación, sino que también se debe a una serie de eventos históricos concatenados, ya que la creación de la enmienda 16 y la consecuente incorporación de la fecha del *Tax Day* proviene de la previa a la aprobación y ratificación de la misma que surge con motivo de la necesidad de financiamiento de la guerra civil que ese país estaba atravesando.

Así las cosas, el primer pie en este análisis debe ponerse en la necesidad de la creación de la Ley de recursos (*Revenue Act*) del año 1861, la cual incluyó la incorporación de impuesto a las ganancias (rentas) sobre las personas humanas con el objeto de pagar los gastos de la guerra mencionada *ut supra*. Posteriormente, en el año 1872, el tributo fue derogado. Sin embargo, en el año 1894 el Congreso promulgó un impuesto federal sobre la renta (Terrel, 2012).

Ahora bien, luego de la creación del impuesto a las ganancias, en el año 1895, la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró este tributo inconstitucional, en razón de que, al ser un impuesto directo, no se prorrateaba según la población de cada Estado. La creación de la enmienda 16 vino a solucionar esta objeción al permitir al gobierno federal gravar los ingresos de los individuos sin tener en cuenta la población de cada Estado (Terrel, 2012).

Habiendo dado una breve introducción a la compleja problemática histórica, corresponde ahora analizar acabadamente esta serie de eventos que se sucedieron desencadenando la solución de la creación de la enmienda 16.

III.1. La Ley de recursos de 1861 (*Revenue Act, 1861*) y la Ley de tarifas de 1894 (*Wilson Gorman Act, 1894*)

La redacción de la Ley de recursos de 1861 (ley de fecha 5 agosto del año 1861, Cap. XLV, 12 *Stat.* 292) generó la primera norma de creación del impuesto a las ganancias de Estados Unidos de América.

Tal como fuera mencionado, la ley guarda su fundamento en la necesidad de financiar la guerra civil que se extendió desde el año 1861 al 1865. En este contexto, el tributo se diseñó teniendo en cuenta la renta anual de cada persona residente en Estados Unidos de América, ya sea que la renta fuera proveniente de cualquier propiedad, profesión, empleo o de cualquier otro origen, llevada a cabo en el territorio de los Estados Unidos, estableciéndose asimismo una alícuota fija estimada en la ley del 3% con un mínimo de no imposición de \$800.

Las disposiciones del impuesto a las ganancias establecidas en las secciones 49, 50 y 51 de la ley bajo análisis, fueron derogadas por la Ley de recursos del año 1862 (sección 89). La misma reemplazó la alícuota fija que hasta el momento tenía, por la incorporación de una escala progresiva que fluctuaba desde el 3% de la renta anual y el 5% sobre la renta por sobre los \$10.000 o para aquellos que vivan fuera del territorio de los Estados Unidos de América, previendo asimismo la finalización del tributo en el año 1866.

Sin embargo, debe señalarse que la Ley de recursos de 1861 no solo creó el impuesto a las ganancias, sino que impuso varios aranceles a las importaciones, incluyendo bienes tales como azúcar, te, nueces, azufre, café, licor, frutas y hierbas. Así, la mayoría de las importaciones fueron gravadas con impuestos por unidad de medida (llamada también base imponible específica), mientras que otras fueron establecidas con una base imponible *ad valorem* (valor de mercadería en aduana), como lo fue para productos como pieles, cítricos, sedas y pólvora; en tanto que estas últimas se constituían en el mercado internacional con precios más variables. Finalmente, las alícuotas variaban desde el 10% al 50% para bienes como los vinos.

En este orden, la ley del año 1861 estableció un tributo adicional con una alícuota del 10% sobre la base imponible *ad valorem* a los artículos importados provenientes de embarcaciones extranjeras cuyo origen fuera más allá del Cabo de Buena Esperanza, ampliando así la protección tributaria establecida por el Arancel de Morrill de 1861.

Respecto al impuesto a la propiedad, la ley bajo análisis instituyó un tributo a la propiedad inmobiliaria elaborado en proporción a la población de cada Estado, fijando alícuotas mayores a los estados con mayor densidad demográfica.

Es decir, que la Ley de recursos de 1861 no se limitó a legislar sobre el impuesto a las ganancias aumentando la alícuota, sino que avanzó sobre otras situaciones gravables como impuestos a la propiedad y tributos aduaneros (en especial los derechos a la importación); todo ello con el objeto de hacer frente al financiamiento del Estado Federal, que resultaba necesario y urgente solventar en ese momento.

Finalmente, en el año 1894 se sanciona la Ley de aranceles o la llamada Ley Wilson Gorman (nombrada así por dos de los congresistas que impulsaron la norma), creada en el marco de la crisis económica de 1893 de los Estados Unidos de América.

El objetivo de esta norma de aranceles fue la recuperación económica en base a dos pilares centrales de acción: por un lado, reducir los aranceles de los tributos aduaneros, con la finalidad de abrir mercados al extranjero para los productos estadounidenses y, por otro lado, se buscó la creación del impuesto federal sobre la renta, en tanto que dicha norma reducía los tributos aduaneros de donde provenían la mayor parte de los recursos del Estado —esto es, los tributos a la importación—, por lo que el Congreso entendió que el lugar de donde buscar recursos públicos correspondía ser los tributos directos.

Debe adelantarse que ninguno de estos objetivos fue alcanzado positivamente: la reducción de los tributos a la importación no produjo la apertura de mercados buscada sino todo lo contrario, se profundizó la entrada de productos del extranjero que atentaba contra la producción local y el tributo a la renta instaurado provocó resistencia entre los sectores más productivos y ricos, hasta la sentencia del fallo en el caso Pollock, acción judicial que se impuso en base a la resistencia que existía contra el tributo.

III.2. El caso “Pollock” y la solución de la enmienda 16

Tal como fuera adelantado en los párrafos que preceden, resulta necesario explicar algunos aspectos de la problemática que se presentó con el caso judicial *Pollock vs. Farnes Loan & Trust Co.*, en tanto la decisión judicial que se analizara fue rebatida finalmente por otro remedio jurídico, generando la creación de la enmienda 16, que rige en la actualidad y le otorga las características finales al instituto bajo estudio.

Este decisorio judicial se originó con motivo de la creación, en el año 1894, de una ley mediante la cual el Congreso estableció durante un período de cinco años que las empresas serían gravadas un 2% en sus ganancias netas.

Consecuentemente con lo expuesto y en cumplimiento de esa ley, la sociedad de inversiones de los agricultores del estado de Nueva York —quien fuera también

demandada en este fallo que se analiza— informó a sus accionistas que retendría esa suma de los dividendos y que remitiría al Departamento del Tesoro la lista de sus inversionistas obligados al pago del tributo.

Así las cosas, Pollock, como accionista de la sociedad, inició una acción judicial solicitando la declaración de la inconstitucionalidad de la ley, en tanto alegó que en la norma se establecía de manera irregular un impuesto directo que no respetaba la Constitución de los Estados Unidos, al disponerse allí que los impuestos directos se prorratearán entre los distintos Estados que formen parte de esa Unión, de acuerdo con su población respectiva (artículo I, 2ª sección, cláusula 3ª).

En la resolución de este caso judicial llevado al más alto tribunal de justicia de Estados Unidos de América, en una votación dividida de 5 a 4 jueces se consideró procedente revocar la sentencia de la instancia anterior que no había hecho lugar a la demanda de Pollock, entendiendo que los impuestos sobre la renta constituyen impuestos indirectos regulados por el artículo I, 8ª sección, cláusula 1ª de la Constitución, que prevé que el Congreso de ese país tiene facultad para establecer y recaudar contribuciones, impuestos, derechos y consumos. Sin embargo, precisó dicho Tribunal que el impuesto a los dividendos y las rentas establecido por la ley de 1894, impugnada por Pollock, impactaba de manera decisiva en los activos subyacentes, de manera tal que correspondía considerarlo un impuesto directo y por lo tanto sujeto a la regla del prorrateo entre estados establecida por el artículo 1, 2ª sección, cláusula 3ª de la Constitución Federal.

Resulta de vital importancia advertir que este problema surgió en atención a que el Congreso creó el impuesto a la renta como reacción contra los impuestos al consumo, que habían financiado hasta ese momento al gobierno federal durante la mayor parte de su historia, generando una sobrecarga a las personas de bajos ingresos, por lo que el impuesto a la renta intentaba diseñarse con miras de llegar a los sectores de más altos ingresos, cuya renta provenía de inversiones y que por tanto podían responder con su capacidad contributiva más amplia.

Cabe resaltar que al momento de la resolución del caso bajo estudio ya existían otros casos judiciales, como Hylton y Springer (que abajo brevemente se explican), en los que algunos consideraban que el impuesto a la renta era un impuesto directo que debía ser prorrateado, pero sin ser esta tesis sustentada por todos los juristas, ni mucho menos el marco doctrinario conceptual claro; ello, en tanto no quedaban sentadas las características para el prorrateo; sin embargo, el Tribunal Superior —en el fallo Pollock— innovó al concluir de manera categórica y sin dar lugar a duda alguna en que el impuesto a la renta era un impuesto directo y, por lo tanto, tendría que ser prorrateado conforme a las pautas constitucionales reseñadas.

En este sentido, la Corte razonó que gravar los ingresos de la propiedad era equivalente a gravar la propiedad en sí. Debe destacarse que el tribunal que se expresó en el caso Pollock fue un tribunal que algunos endilgaron como conservador y desconfiado, por lo que argumentaron que consistía en un ataque a la capital, una discriminación arbitraria entre aquellos que reciben un ingreso de \$4,000 y aquellos que no lo hacen.

Sin embargo, en el año 1913, la 16ª enmienda a la Constitución Federal estableció, en sentido inverso al precedente Pollock, que el Congreso tendrá facultades para establecer y recaudar impuestos sobre los ingresos, sea cual fuere la fuente de que provengan, sin prorratarlos entre los diferentes Estados en razón de ningún censo o recuento.

Es así que la enmienda constitucional 16 llegó y se impuso con el objeto de cumplir un rol central en la construcción de la distribución tributaria de los Estados Unidos de América, en tanto hizo posible la instauración del —por entonces novedoso— impuesto a la renta a nivel nacional, intentando solucionar las disputas económicas, jurídico-judiciales que se habían presentado hasta el momento. Ante tal modificación normativa, el impuesto a la renta se convirtió para el gobierno federal en la más importante fuente de recursos públicos del Estado, sosteniéndose tal situación en la actualidad conjuntamente con los tributos federales vinculados a la seguridad social. No es menor resaltar que la enmienda mencionada fue parte de una corriente de enmiendas constitucionales incorporada en el siglo XX, revirtiendo el fallo de la Corte de 1895.

En este contexto, debe entenderse que la cláusula tributaria de la Constitución citada en el artículo 1 Sección 8 otorga al Congreso el amplio poder para establecer y recaudar derechos, impuestos e impuestos especiales, pero el artículo mencionado también establece que un impuesto directo debe distribuirse entre los Estados sobre la base de la población. Esto significa que, si un impuesto es llamado directo, un Estado con la décima parte de la población nacional debe asumir una décima parte de la responsabilidad total sin importar cuanta riqueza se produzca en esta jurisdicción, situación que genera que este tipo de tributos sean negativos en los efectos que produce.

Ahora bien, para los llamados tributos indirectos, no existe esta regla de proporcionalidad o prorrato, ya que la Constitución sólo exige que todos los derechos, impuestos e impuestos especiales sean establecidos en forma uniforme en todo el territorio de los Estados Unidos, siendo para muchos un requisito que implica que los tributos de esta clase no puedan tener alícuotas distintas de un Estado a otro. En el siglo XIX, la mayor parte de los ingresos del gobierno provinieron de tributos al consumo sobre diversos bienes y en tal sentido la distinción de impuesto directo e indirecto era de vital importancia.

Bajo la legislación tributaria de los Estados Unidos, un impuesto directo incluye capitaciones —mencionadas específicamente en la Constitución y generalmente entendidas como impuestos principales de suma global, esto es cada persona paga lo mismo— y también impuestos que recaen sobre la tierra. El sector de producción vinculado al campo sostenía que estos eran directos y, en tal sentido se convirtieron en los fundamentos de los agravios de sus acciones judiciales.

Un fallo previo a lo que se viene analizando fue emitido por la Corte Suprema en el caso *Hylton v. United States*, del año 1796, en el que se aprobó un impuesto no proporcional sobre los automotores; el contexto económico tributario versaba en que el actor poseía más de 125 vehículos para el transporte de personas y la Corte determinó que todos los impuestos sobre gastos o consumo son impuestos indirectos, un impuesto sobre los automotores no es un impuesto directo, agregando que los impuestos indirectos son modos tortuosos de alcanzar los ingresos de las personas que viven de acuerdo a sus ingresos.

Ahora bien, en autos *Springer vs. United States*, de 1881, el actor, cuya actividad económica era vinculada a desarrollar la profesión de abogado y al mismo tiempo ser tenedor de bonos, se negó a pagar el impuesto a la renta por lo que, como consecuencia, el Gobierno Federal vendió su propiedad para hacer frente a la deuda tributaria subsistente. Springer se presentó judicialmente alegando que el impuesto bajo estudio violaba las reglas de distribución explicadas supra. Así, el tribunal concluyó que la Constitución de ese país entendió que los impuestos directos son sólo tributos de capitación, tal como se expresan en esa norma fundamental, e impuestos sobre bienes inmuebles, y que el impuesto del que se quejaba el demandante (impuesto a la renta) por error está dentro de la categoría de un impuesto especial.

Desarrollados brevemente los antecedentes judiciales sobre la clasificación de los tributos, debe decirse que la creación por el Congreso de la enmienda 16 en el año 1909 —ratificada a nivel nacional en el año 1913— vino a solucionar la declaración de inconstitucionalidad sentada en el fallo Pollock, quedando desde entonces sentado que el impuesto a la renta no se aplica la regla de proporcionalidad y fijando el Congreso que, a los efectos de la presentación de la declaración jurada, la misma deberá presentarse ante el fisco antes del 1 de marzo de cada año.

Por lo tanto, se puede presentar la siguiente síntesis de eventos que desencadenaron el *Tax Day*:

Cuadro Nº 2

Evento significativo para el <i>Tax Day</i>	Lineamientos expuestos en cada evento
1-Constitución de EE.UU.	-Impuestos directos: deben distribuirse entre los Estados sobre la base de la población. Aplica regla de proporcionalidad o prorrateo. -Impuestos indirectos, no existe esta regla de proporcionalidad o prorrateo.
2-Ley de recursos, 1861	-Primera norma que crea la Ley del impuesto a la renta (ganancias) en EE.UU.- (derogada por la Ley de recursos 1862).
3-Ley de aranceles, 1894	-Establece el impuesto a la renta (luego de la derogación).
4-Fallo Pollock	-Define que el impuesto a la renta es un tributo "directo". -Debe respetar la cláusula del proporcionalidad o prorrateo. -Establece inconstitucionalidad el impuesto a la renta/ganancia de la ley de 1894.
5-Enmienda 16°	-Revierte consecuencias del fallo Pollock. -Congreso con facultad de establecer impuesto a la renta sin necesidad de la cláusula de proporcionalidad o prorrateo. -Establece el <i>Tax Day</i> para el mes de marzo de cada año.

Fuente: elaboración propia en base a datos de la Constitución de los Estados Unidos, Ley de recursos, 1861, Ley de aranceles, 1894, caso Pollock.

IV. *Tax Day* - el día de presentación de la declaración jurada tributaria en los Estados Unidos de América

Ahora bien, conforme el desarrollo efectuado en los puntos que anteceden, resulta evidente que el *Tax Day* se sustenta en una enmienda constitucional emanada como resultado de un proceso de idas y vueltas respecto a la definición de las características propias del impuesto a las rentas/ganancias. La solución jurídica constitucional a la que se arriba fue el resultado, sin dubitación, de agregar en la norma fundamental preceptos claros que definan que en la clase de tributo estudiada no aplica la cláusula de proporcionalidad o prorrateo, hasta entonces requerida por la justicia. En tal sentido, la Enmienda 16 no solo estableció tal característica, sino que fue más allá y constitucionalmente dio los parámetros vinculados a la fecha en donde debía operar el *Tax Day*.

En este orden de ideas, la traducción de este instituto —dispuesto ahora constitucionalmente— del idioma inglés al castellano correspondería a un término similar al de "día del tributo" e implica ser el día vinculado al cumplimiento del

deber formal de presentación de la declaración jurada tributaria, en principio, correspondiente al impuesto a la renta/ganancias, siendo el plazo máximo instituido por el fisco para el cumplimiento de tal deber formal.

Así conforme la información brindada por el fisco, una gran proporción de residentes (nacionales y extranjeros) de los Estados Unidos deben informar anualmente, mediante la presentación de declaración jurada en formato papel o soporte informático, al organismo de recaudación tributaria de ese país —*Internal Revenue Service*, conocido con la sigla IRS— los ingresos obtenidos en el año fiscal anterior, la información del grupo familiar, los datos vinculados a cada integrante familiar sobre la seguridad social y los gastos.

Esta obligación formal reviste la característica de ser un procedimiento rápido y simple, donde se obliga al contribuyente a presentar hasta la fecha límite del *Tax Day* la declaración jurada anual del impuesto a la renta.

En este orden de ideas, en el marco del diseño de este procedimiento establecido por el organismo de recaudación de ese país, el contribuyente puede optar por presentar su declaración anual formato papel, en cuyo caso deberá utilizar el formulario indicado por la IRS y remitirlo por correo a la dirección que fija la misma a tal efecto.

Asimismo, el contribuyente, de optar por efectuar la presentación de la declaración jurada *online*, deberá ingresar al sitio oficial indicado por la I.R.S. para que dicha presentación sea válida hasta la fecha máxima establecida por la autoridad de aplicación.

Tal como sucede en muchos procedimientos tributarios del mundo, la presentación de la declaración jurada en el *Tax Day* no implica la devolución o el reembolso tributario, ya que estos pueden ser consecuencia de la información que recabe el fisco con motivo de la declaración jurada presentada y de la información adicional que obtenga de otros agentes de información; sin embargo, para aquellos contribuyentes que presenten sus declaraciones juradas en forma web, el período de devolución previsto por la autoridad fiscal es más rápido (de corresponder), oscilando entre 1 mes o 3 semanas aproximadamente.

Si bien, como se adelantó *ut supra*, el Congreso —mediante la enmienda 16— estableció la fecha máxima del pretendido *Tax Day* hasta el 1 de marzo, lo cierto es que anualmente el IRS abre el período de presentación de las declaraciones juradas del impuesto a la renta en el mes de enero y pone como fecha límite la establecida por la norma señalada.

Asimismo, el procedimiento prevé la posibilidad de solicitar una prórroga de la presentación de la declaración jurada, la cual deberá efectuarse formalmente y

se concederá en forma automática por el término de 6 meses, con la posibilidad de solicitar una prórroga adicional; debe aclararse que el pedido de prórroga no interrumpe la obligación de pago, con lo cual se deberán abonar los intereses respectivos si la declaración jurada posee saldos a favor del fisco.

A continuación, se podrán observar en forma esquemática las características del procedimiento del *Tax Day* en Estados Unidos de América.

Cuadro N° 3

Contribuyente informa	a- ingresos del período fiscal. b- información del grupo familiar. c- gastos del período fiscal. d- información de seguridad social.
Forma de presentación	a- papel: se envía por correo a la dirección postal indicada por la I.R.S.(opcional). b- web: se ingresa al sitio indicado por la I.R.S. (opcional). c- declaración jurada.
Plazos	- La I.R.S. abre el período de presentación desde el mes de enero hasta el Tax Day, que es en el mes de marzo. - Es anual.
Solicitud de prórrogas	Se pueden solicitar prórrogas a la IRS, de 6 meses (automática) y una prórroga adicional (a solicitud de parte).
Asesoramiento	La IRS brinda ayuda profesional para efectuar la declaración jurada. Se puede recurrir a profesionales especializados.
Devoluciones de tributo	La devolución, de proceder, es más rápida si el contribuyente utilizó la opción de presentación de declaración jurada web (entre 1 a 3 semanas).
Pago	De ser procedente deberá, conjuntamente con la presentación de la declaración jurada, presentarse el pago del tributo. El pedido de prórroga no suspende la obligación de, por lo que los intereses y accesorios, de corresponder, siguen siendo adeudados.

Fuente: elaboración propia en base a: IRS. Recuperado de <https://www.irs.gov/>

V. El *Tax Day* en Argentina

Entendiendo, entonces, que el instituto bajo estudio recae sobre un tributo en particular que resulta ser la obligación formal para el impuesto a las rentas/ganancias en el país del norte, debe analizarse ahora si es posible contar el desarrollo de este evento en la legislación argentina en el impuesto referido y, si la respuesta es positiva, debe analizarse si gozan ambos institutos de las mismas características.

Es así que, habiendo analizado la importancia y características del instituto en Estados Unidos de América, corresponde adelantar que en la República Argentina

existe el *Tax Day*, es decir, existe el día del tributo para el impuesto a las ganancias/renta, en donde recae el deber de la presentación de la declaración jurada tributaria del impuesto.

En términos generales, debe mencionarse que todos los tributos poseen fechas establecidas por los fiscos en donde se disponen los vencimientos de pago y los límites de presentación de las declaraciones juradas y esto incluye también al impuesto a la renta/ ganancia.

Sin embargo, claramente la importancia que recae sobre el *Tax Day* en los Estados Unidos de América no puede ser encontrada en la aplicación de ninguna norma argentina que disponga vencimientos tributarios. La relevancia de la fecha de vencimiento de la presentación de la declaración jurada en el impuesto a las ganancias/ renta no reviste en Argentina la característica de un acto ciudadano, no genera fechas de suspensión laboral o de actividades; no puede vislumbrarse en nuestro país para el tributo bajo estudio ni para los demás tributos la generación de un acto primordial económica, ciudadana y políticamente, sino todo lo contrario, en general, es percibido como una carga u obligación en sentido negativo para con el contribuyente y responsable obligado.

Ello, debido a que la evolución de la importancia del tributo en materia del impuesto a la renta (ni de los demás tributos) no ha generado un desarrollo histórico similar en nuestro territorio, como así tampoco el vencimiento de las obligaciones tributarias de ningún tributo ha adquirido rango constitucional como el que se ha analizado *ut supra* y, finalmente, tampoco puede vislumbrarse en el diseño del sistema constitucional tributario argentino el requisito de prorrato o proporcionalidad que la norma estadounidense asignaba al impuesto a la renta por ser un tributo directo, sin mayores discusiones al respecto, y por lo tanto no genera conflictos sobre ese tema.

Esta diferenciación sustancial obliga a analizar las características de la fecha de ingreso del impuesto a las ganancias (renta) desde la óptica de la legislación local y sus consecuentes características, es decir que no se puede estar hablando del *Tax Day* con la importancia y relevancia que se vislumbra en Estados Unidos de América.

Sin perjuicio de lo expuesto, lo cierto es que tanto la declaración del *Tax Day* como la declaración jurada del impuesto a las ganancias, a pesar de no compartir el mismo origen ni recorrido en la problemática tributaria, puede adelantarse que sí comparten la misma naturaleza y características generales de ser una declaración jurada tributaria realizada por el sujeto pasivo en cumplimiento de los deberes formales impuestos por el fisco.

En adición a lo expuesto, otra de las distinciones sustanciales que podría observarse en nuestro país referente al día de la declaración jurada en general y en particular en el impuesto a las ganancias / renta, se encuentra en el tipo de norma que la sustenta: en tal sentido, es técnica normativa usual en todos los organismos fiscales emplear una norma de tipo reglamentaria tal como disposición normativa o resolución normativa o general llamada calendario fiscal y creada a los fines de establecer cronológicamente dentro del llamado período fiscal todos los vencimientos de pago y de presentación de declaración jurada para todos los tributos de cada jurisdicción en la que se posea potestad tributaria.

Si bien no está contemplado el pedido de prórrogas por parte del contribuyente y aunque no es usual, el fisco puede conceder dichas extensiones de plazo de los vencimientos de declaración jurada de oficio. Las prórrogas, salvo situaciones especiales concretas como emergencias climáticas, económicas, etc., son efectuadas utilizando el mismo tipo de norma reglamentaria con la que fue creado el calendario fiscal para dicho período.

Respecto al resto de las características del instituto en comparación con Estados Unidos de América, se puede decir que guarda similitud en tanto se trata del cumplimiento de un deber formal impuesto por el organismo de recaudación, que consiste en la presentación de la declaración jurada en la fecha determinada por la norma establecida por la AFIP.

Dicha obligación formal debe ser cumplida en forma web por el sujeto pasivo de la obligación tributaria, aunque la declaración jurada no es privativa de ellos, en tanto que puede ser presentada por el agente de recaudación, por ejemplo, para el caso del ingreso en el impuesto a las ganancias de la renta obtenida por la cuarta categoría por parte del empleador en su carácter de agente frente al impuesto.

Finalmente, las devoluciones pueden proceder, de corresponder, con posterioridad a la presentación de la declaración jurada, como resultados de lo allí expuesto por el sujeto obligado.

Consecuentemente, a continuación se efectúa un cuadro enunciativo de las características del día de la declaración jurada argentina:

Cuadro N° 4

1- Establecida en norma reglamentaria.
2- Cumplimiento de deber formal.
3- Presentación de declaración jurada anual / se pueden disponer deberes de presentación de declaración jurada mensual / bimestral / periódicas.

4- Determinación de la obligación tributaria por sujeto pasivo (la declaración jurada puede ser presentada por agentes de recaudación conforme lo establezca el organismo de recaudación).
5- Puede aparejar cumplimiento de obligación de pago o deber sustancial.
6- Obligación formal que obliga al sujeto pasivo / agente de recaudación.
7- En el impuesto a las rentas/ganancias la obligación se cumple vía web en la forma indicada por fisco.
8- Devoluciones por parte del fisco acaecen (de corresponder) con posterioridad a dicha fecha.
9- Límite temporal máximo para el cumplimiento del deber formal fijado por el calendario fiscal en norma reglamentaria establecida por el fisco.

Fuente elaboración propia en base a Ley de ganancias y datos obtenidos de la página oficial de la AFIP. Recuperado de www.afip.gov.ar

VI. Origen del impuesto a las ganancias/renta en Argentina

Entendiendo que lo que ocurre en Estados Unidos de América se sustenta principalmente en la evolución histórica y distinción del tipo de tributo a las rentas/ganancias, cabe efectuar aquí un breve análisis del origen del impuesto a las ganancias en nuestro país, que si bien no se vincula al *Tax Day*, es decir, con su declaración jurada, sí encuentra una discusión respecto a los tributos directos e indirectos y la llamada división en la fuente establecida en el artículo 75 inciso 1 y 2 de la Constitución Nacional.

El impuesto a las ganancias en nuestro país resulta ser un tributo directo; por tal motivo, analizando la norma constitucional que distribuye la potestad tributaria argentina, se entiende que:

- a) En forma exclusiva corresponde a la Nación la legislación respecto a tributos aduaneros (conforme artículo 75 inciso 1 Constitución Nacional —CN—).
- b) En forma concurrente a la Nación y a las provincias la legislación respecto de tributos indirectos (conforme artículo 75 inciso 2 CN).
- c) En forma exclusiva a las provincias y excepcionalmente a Nación la legislación en materia de tributos directos (conforme artículo 75 inciso 2 CN).

Consecuentemente, siendo el impuesto a las ganancias un tributo directo corresponde a las provincias en forma exclusiva su creación, ya que así fue expresamente establecido en la Carta Magna.

Haciendo uso de la excepcionalidad, la Nación creó —en el año 1932, publicada en el Boletín Oficial el 12 de enero del año 1933— el decreto-ley N° 11682, con el carácter de impuesto de emergencia sobre los réditos (Ley del impuesto a las ganancias), vigente hasta el año 1934. El carácter de emergencia dispuesto en su

creación y sostenido por las normas modificatorias posteriores trataban de darle sustento constitucional, en tanto que, siendo un tributo directo, la única forma de que la jurisdicción nacional pueda crearlo estaba basada en mantener la necesidad que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan, requisito exigido por el artículo 67 inc. 2 de la Constitución Nacional vigente al momento de la creación de la ley tributaria.

La norma tuvo distintas modificaciones y prórroga de la emergencia, siendo en el año 1994 —con la reforma constitucional, artículo 75 inc. 2— cuando se faculta a la Nación para que establezca impuestos directos por tiempo determinado en todo su territorio, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. Así, los constituyentes en 1994 no hicieron aclaración alguna respecto a que el impuesto a los réditos/ganancias disponga de tratamiento especial en materia de potestad tributaria, por lo que desde el año 1933 el impuesto a los réditos/ganancias resulta ser un tributo directo legislado por la jurisdicción nacional por razones de emergencia, en forma temporal, en el marco de una necesidad de defensa, seguridad común y bien general, discrecionalidad sustentada hace aproximadamente 80 años.

Tal como es de observarse en nuestro país, en el origen de la creación del tributo bajo análisis también se encuentra la discusión centrada en plantear la distinción de tributos directos e indirectos; sin embargo, en la República Argentina se enfoca en sustentar quién detenta la potestad tributaria y cómo la sostiene en base a los mandatos constitucionales. Es así que este problema referido al sustento en el tiempo de los tributos directos de emergencia en mano de la jurisdicción nacional aún no ha encontrado una clara solución en la norma argentina, incluso luego de la reforma de la Carta Magna en el año 1994, manteniéndose entonces su creación en el ámbito de la jurisdicción nacional.

VII. El día de presentación de la declaración jurada del impuesto a las ganancias

Del análisis que antecede puede desprenderse entonces que ni el origen del impuesto a las ganancias ni su evolución histórica del tributo en la jurisdicción argentina han logrado generar cambios sustanciales en el impuesto, en sus características ni en los aportes que la carta suprema hace sobre el recurso analizado; ello lo separa claramente del mismo tributo analizado en Estados Unidos de América. La evolución del tributo en esta jurisdicción no ha logrado otorgar a ninguna parte del procedimiento vinculado a su declaración e ingreso algún dote especial o importancia de relevancia tal que genere en los obligados un evento primordial de su vida ciudadana, todo lo contrario.

Sin embargo, debe adelantarse que el procedimiento argentino de presentación de la declaración jurada en el impuesto a las ganancias no dista mucho de lo que sucede con otros tributos locales e internacionales en lo que refiere a su

presentación y pago, conforme se puede vislumbrar con el análisis comparativo que se genera a continuación.

En este sentido, conforme la Ley de ganancias de este país, sus normas reglamentarias y la información brindada por el fisco, en la jurisdicción nacional corresponde a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) ser el organismo encargado de fijar el calendario fiscal anual. Conforme a las pautas que el organismo de recaudación, la declaración jurada del impuesto a las ganancias en la República Argentina debe ser presentada año a año por aquellos sujetos que configuren el hecho imponible del tributo en estudio, a saber:

- A) Personas jurídicas.
- B) Personas humanas/físicas (incluida la sociedad conyugal).
- C) Sucesiones indivisas.

Ahora bien, a la hora de la confección de la declaración jurada puede requerirse de la asistencia de un profesional de las ciencias contables, dependiendo de la complejidad de la actividad económica y la renta que se pretende declarar; la asistencia del mismo no es otorgada por el fisco, motivo por el cual el declarante deberá contratar a un profesional de las ciencias contables solventado por sus propios medios, situación que no acontece con similar instituto en Estados Unidos de América, en donde se otorga asistencia presencial y *online* para guiar al presentante en la confección de la obligación formal.

En general, el fisco nacional fija la fecha de presentación de la declaración jurada sin exceder el primer semestre del año inmediato posterior al período fiscal declarado, siendo usualmente el mes de abril, en el plazo máximo fijado a tal efecto por el calendario fiscal. Dicho calendario es creado por una resolución general, esto es, una norma de menor jerarquía normativa que la utilizada en Estados Unidos de América para el mismo tributo, siendo, en consecuencia, el *Tax Day* el día límite de presentación de la declaración jurada que el fisco impone a los contribuyentes mencionados.

Sin embargo, el diseño procedimental dispuesto por el fisco permite, en cumplimiento de los deberes de información, presentaciones de declaración jurada previa a la declaración jurada anual en situaciones especiales. Por ejemplo, aquellas personas humanas / físicas que sufran retenciones de ganancias por la renta del trabajo en relación de dependencia pueden presentar, previo a la declaración jurada anual, su declaración de deducciones personales a imputar en las rentas de la cuarta categoría, haciendo este impuesto mucho más complejo en su aplicación que el sistema que se plantea en Estados Unidos de América, en donde se presenta un solo momento de presentación de declaración jurada anual y un sistema

de devoluciones posteriores bajo todos los orígenes de rentas y cualquiera sea la deducción a imputar que sólo varía en la rapidez; devolución dependiendo del sistema utilizado para la presentación del deber formal (web o papel).

Más aún, si bien en ambos procedimientos se presenta la declaración de los gastos a deducir, en el caso de la legislación argentina se planean momentos previos para efectuar declaraciones de gastos que no prevé la normativa norteamericana.

Otro punto a tener en cuenta se vincula con que en la declaración jurada de ganancias no se presentan los rendimientos correspondientes a tributos vinculados con la seguridad social, en tanto estos últimos resultan ser otra clase de tributos —contribuciones especiales previsionales—, recaudados por diversos organismos y jurisdicciones (no sólo la nacional) y corresponden ser declarados en oportunidad distinta dependiendo de su propia norma.

De lo expuesto se puede generar la siguiente esquematización del procedimiento de presentación de declaración jurada en la República Argentina correspondiente al impuesto a las ganancias.

Cuadro Nº 5

Contribuyente / agente de recaudación informa	a- ingresos del período fiscal b- información del grupo familiar c- deducciones del período fiscal
Forma de presentación	a- web b- declaración jurada
Plazos	a- La AFIP —en el calendario fiscal— fija la fecha máxima de presentación de la declaración jurada general, que no excede del primer semestre del año inmediato posterior al período fiscal informado. b- La AFIP también establece en el calendario fiscal la fecha máxima de las presentaciones de las declaraciones juradas especiales, como la de la cuarta categoría. c- En principio anual, salvo los casos especiales.
Solicitud de prórrogas	No se otorgan.
Asesoramiento	El fisco no lo otorga. El declarante puede asesorarse en forma privada por un profesional contador público nacional.
Deducciones de base y devoluciones	La ley prevé las deducciones posibles y la presentación genera las deducciones a la base posible. Para devoluciones de los casos especiales, como por ejemplo el de la 4ª categoría, las mismas no se hacen automáticamente, sino que se devengan luego de la presentación de la declaración jurada y en general en el primer trimestre del año inmediato posterior.

Pago	De corresponder, deberá conjuntamente con la presentación de la declaración jurada presentarse el pago del tributo. En casos especiales, como en los sistemas de retención del tributo, el mismo se genera durante el acaecimiento del período fiscal involucrado, recaudado por el agente.
------	---

Fuente: elaboración propia en base a Ley de Ganancias; página oficial de la AFIP. Recuperado de www.afip.gov.ar

VIII. Conclusión

En definitiva, la necesaria comparación del instituto del *Tax Day* en ambas legislaciones ha llevado a un recorrido por normas nacionales e internacionales que reflejan que, si bien se puede compartir una misma definición jurídico tributaria, el impacto del mismo en el obligado al cumplimiento del deber formal se evidencia de diferentes maneras, tal como fuera desarrollado.

Parece que la importancia del *Tax Day* comienza con tratar de definir la atribución de características de los impuestos directos e indirectos; en tal sentido, la historia de los Estados Unidos de América generó un ir y venir de pronunciamientos judiciales y normas de creación tributaria respecto al impuesto a las ganancias/renta, ello así debido a que el artículo 1 sección 8 de la Constitución Nacional de ese país establecía una regla de prorrateo como criterio, que parecía contraponerse a los criterios de fundación misma de ese país.

De la evolución de los fallos analizados se puede observar que a la Corte de ese país le costó definir con certeza las características del impuesto a las ganancias hasta la llegada del fallo Pollock, pero las idas y vueltas sobre este dilema se terminan de solucionar en el momento de la creación de la enmienda 16, mediante la cual se instituyó: 1) gravar los ingresos de los individuos sin tener en cuenta la población de cada Estado (conocida como cláusula de prorrateo), 2) que se trata de un impuesto directo y 3) que el Estado federal lo impone y recauda conjuntamente con los tributos provenientes de la seguridad social.

Se pudo observar a lo largo de este trabajo que el devenir histórico del impuesto a las ganancias/rentas y los planteos de inconstitucionalidad analizados generaron la implementación de la fecha que en forma constitucional se establece en los Estados Unidos de América para el *Tax Day*, ello en todos los Estados que conforman dicho país de manera uniforme, aclarándose sin lugar a dudas que este tributo es federal y que, por tanto, las pautas formales y sustanciales se extienden para todo el territorio en forma equitativa, evitando discrecionalidades de implementación y recaudación, y sorteando las dudas sobre su creación.

En nuestro país, si bien se observa la existencia de conflicto con la atribución de la potestad tributaria de los tributos directos como es el caso del impuesto a las ganancias y su creación por cuestiones de emergencia, prolongada desde el año 1933, esta situación no llevó a establecer con raigambre constitucional la fecha máxima de la presentación de la declaración jurada de este impuesto, sino todo lo contrario; en el caso de la República Argentina, dicho plazo límite puede ser establecido cada año por el fisco mediante norma reglamentaria inferior a ley, ya sea para este impuesto como para cualquier otro tributo en el territorio, ello así conforme al marco normativo vigente en este país.

Es decir que, en la República Argentina, el impuesto a las ganancias generó controversia en su aplicación, en tanto la discusión del sostenimiento de la potestad soberana de la jurisdicción nacional y el eterno estado de emergencia que sustenta su creación.

Debe agregarse también que, si bien en ambas legislaciones se observa que son recaudados por los organismos fiscales nacionales para el mismo tributo, los procedimientos guardan algunas diferencias, además de su norma de creación, tal como la presencia de casos especiales, la obligatoriedad de presentación web, la exclusividad de la declaración para el impuesto a las ganancias —sin permitir agregar allí la declaración de otro tributo, como es el caso de tributos de la seguridad social para Estados Unidos de América— y la falta de asesoramiento profesional contable del fisco en el procedimiento argentino. Estas diferencias tienen su origen en las particularidades propias de cada jurisdicción. Por lo tanto, la forma de definición del *Tax Day* surge en forma muy especial en el país bajo análisis, definiendo las características propias del Estado analizado, sin posibilidad de generar su réplica en la República Argentina.

IX. Bibliografía

Amadeo, K. (2019). *Tax freedom day and what it means to you*. Recuperado de <https://www.thebalance.com/what-is-tax-freedom-day-3306327> [Fecha de consulta: abril 2019].

Berenson, W. M. (2003). *Tributación y Federalismo en los Estados Unidos de América: un Esquema*. Barcelona: Oas General Secretariat.

Center on Budget and Policy Priorities (2019). *Policy basics: where do our federal tax dollars go?* Recuperado de <http://www.cbpp.org/cms/index.cfm?fa=view&id=1258> [Fecha de consulta: enero 2019].

Center on Budget and Policy Priorities (2019). *Policy basics: where do federal tax revenues come from?* Recuperado de <https://www.cbpp.org/research/federal-tax/policy-basics-where-do-federal-tax-revenues-come-from>

Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de América. *Historia de I.R.S.* Recuperado de <http://www.allgov.com/departments/departament-of-the-treasury/internal-revenue-service-irs?agencyid=7262>

Fishkin, J. R.; Forbath, W. E. y Jensen, E. M. *The Sixteenth Amendment*. Recuperado de <https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/amendments/amendment-xvi>

García Vizcaino, C. (2012). *Derecho Tributario*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Giuliani Fonrouge, C. (2011). *Derecho Financiero*. Buenos Aires: La Ley.

I.R.S. *History timeline*. Recuperado de <https://www.irs.gov/irs-history-timeline>

I.R.S. (2019). *Form 4868: Application for automatic extension for time to file U.S. individual income tax return*. Recuperado de <http://www.irs.gov/pub/irs-pdf/f4868.pdf>

Jarach, D. (1992). *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*. Buenos Aires: Ediciones Cangallo.

Sung, J. F. (2002). *Why is Tax Day april 15?* Recuperado de http://money.cnn.com/magazines/fortune/fortune_archive/2002/04/15/321414/index.htm

Tax History Museum. *1866-1900: Reconstruction to the Spanish-American war*. Recuperado de <http://www.taxhistory.org/www/website.nsf/Web/THM1866?OpenDocument>

Tax History Museum. *1901-1932: The income tax arrives*. Recuperado de <http://www.taxhistory.org/www/website.nsf/Web/THM1901?OpenDocument>

Terrel, E. (comp.) (2012). *History of the US income tax*. Estados Unidos: Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos. Recuperado de https://www.loc.gov/rr/business/hottopic/irs_history.html

Jurisprudencia

Suprema Corte de los Estados Unidos de América, Pollock c/ Farmers' Loan & Trust Co., 08/04/1895. La Ley *online*: AR/JUR/3/1895.

Suprema Corte de los Estados Unidos de América. Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us>

Fecha de recepción: 12-02-2020

Fecha de aceptación: 21-07-2020

Estereotipos y violencia de género: estudio de casos paradigmáticos ante el Comité CEDAW

POR **LUCÍA MERCEDES CATUOGNO**(*)

Sumario: I. Introducción.- II. Acerca de los estereotipos y su relación con la discriminación y la violencia de género.- III. Los estereotipos de género en el derecho internacional de los derechos humanos.- IV. El Comité CEDAW.- V. Violencia sexual y estereotipos.- VI. El caso Ángela González Carreño. La resolución del Comité.- VII. Reflexiones Finales.- VIII. Bibliografía.

Resumen: el artículo aborda la influencia negativa de los estereotipos de género en la investigación y juzgamiento de los delitos que incluyen violencia doméstica y/o sexual contra las mujeres. En primer lugar, se hacen algunas consideraciones teóricas acerca de aquellos y se los identifica como una forma de discriminación en los casos en que son utilizados para establecer jerarquías de género. Luego, se releva la recepción de la temática en el sistema internacional de derechos humanos y en particular el trabajo del Comité encargado de velar por el cumplimiento las disposiciones contenidas en la “Convención contra todas formas de Discriminación contra la Mujer”. Se reseñan casos sobre violencia sexual juzgados en Filipinas y se utiliza el caso Ángela González Carreño —quien denunció a España ante el Comité nombrado— para ilustrar acerca de lo perjudicial que puede ser la aplicación de nociones preconcebidas acerca de la violencia de género en los procedimientos judiciales.

(*) Abogada, Universidad de Buenos Aires (UBA). Magister en Estudios Interdisciplinarios de Género, Universidad Autónoma de Madrid. Espec. en Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires. Prof. Elementos de Derecho penal y Procesal penal, Cátedra Alejandro Slokar, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Palabras claves: derechos humanos - violencia de género - derechos de la mujer - discriminación - estereotipos

Stereotypes and gender violence: study of paradigmatic cases before the CEDAW Committee

Abstract: *the article addresses the negative influence of gender stereotypes in the investigation and prosecution of crimes that include domestic and sexual violence against women. First, some theoretical considerations about stereotypes are made, as they are identified as a form of discrimination against women when they are used to establish gender hierarchy. Then, the reception of the subject in the international human rights system and in particular the work of the CEDAW Committee are detailed. Cases of sexual violence tried in the Philippines are reviewed and the case of Ángela González Carreño - who denounced Spain before the appointed Committee - is used to illustrate how harmful the application of preconceived notions about gender violence in courts.*

Keywords: *human rights - gender violence - women rights - discrimination - stereotypes*

I. Introducción

Las siguientes páginas tienen como finalidad visibilizar que los estereotipos de género, en especial cuando son utilizados por personas encargadas de administrar justicia, constituyen una práctica discriminatoria hacia las mujeres y representan un impedimento para acabar las violencias que sufren día tras día. Ello fue advertido y recogido por el derecho internacional de los derechos humanos, que, mediante diversos documentos, señaló que las ideas preconcebidas acerca de la violencia de género que reproducen criterios tradicionales sobre el rol subordinado de la mujer en las relaciones de pareja o sobre las víctimas de violencia sexual, afectan la imparcialidad de las investigaciones y resoluciones judiciales.

En el trabajo se brindan consideraciones teóricas acerca de los estereotipos y sobre cómo se presentan en los casos de violencias contra las mujeres y se identifican ciertos mitos y creencias que usualmente circulan en torno a dichos episodios.

Por otro lado, se repasa el instrumento pionero a nivel internacional respecto a los derechos de las mujeres, esto es, la Convención contra todas formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW) que identifica a los estereotipos como causantes de discriminación y enumera las obligaciones de los Estados tendientes a erradicarlos.

Se señalan las recomendaciones efectuadas por el Comité CEDAW respecto al acceso a la justicia de las mujeres, que dan cuenta que dicho órgano internacional

advirtió que existen serias dificultades de las mujeres para recibir una respuesta compatible con las obligaciones emanadas de la CEDAW por parte del servicio de justicia, en gran medida debido a los prejuicios e ideas de inferioridad que pesan sobre ellas y sus relatos.

Además, se exhiben algunos casos que llegaron a conocimiento del órgano nombrado, donde se muestra que persisten en los tribunales creencias acerca de cómo deben comportarse las víctimas de violencia sexual, que se traducen en una trasgresión al derecho de las mujeres a no ser discriminadas.

Respecto a la violencia doméstica, se analiza el popular caso de Ángela González Carreño, que exhibe lo perjudicial que las ideas preconcebidas acerca de las agresiones en el ámbito intrafamiliar pueden resultar. En dicho episodio, se decidió mantener el régimen de visitas del agresor, pese a las alertas de los servicios sociales y de la propia madre acerca de lo dañino que resultaba el mantenimiento del vínculo. En un trágico desenlace, en una de las visitas ordenadas, el padre mató a su hija y luego, se quitó la vida.

II. Acerca de los estereotipos y su relación con la discriminación y violencia de género

Se considera un estereotipo “a una visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos y características de los miembros de un grupo particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir” (Cook y Cusack, 2009, p. 11). Sin importar si estos atributos o roles efectivamente son comunes a todos los integrantes de ese grupo, todos los aspectos de la personalidad de una determinada persona son anulados bajo la creencia de que la sola pertenencia a dicho grupo la hace portadora de esos atributos o características (Cook y Cusack, 2009, p. 11).

En particular, los estereotipos de género son creencias vinculadas a los roles, personalidad, características físicas, y atributos de los hombres y las mujeres. Ello, *per se*, no implica ningún problema, no obstante, usualmente son utilizados para invisibilizar las individualidades y más importante aún, se encuentran jerarquizados. Esto es, en términos generales, las características vinculadas a las mujeres están devaluadas, mientras que aquellas ligadas a lo masculino están valoradas.

Rebeca Cook afirma que hay cuatro tipos de estereotipos; sexuales, de sexo, sobre los roles sexuales y los compuestos, y afirma que estos últimos son usualmente los más usados por las cortes. Los primeros se refieren a las diferencias físicas y biológicas entre hombres y mujeres (*v.g.* la fuerza física relativa de hombres y mujeres), mientras que los estereotipos sexuales se refieren a la interacción sexual entre hombres y mujeres. Por otro lado, los estereotipos sobre los roles sexuales aluden a los comportamientos que se atribuyen y se esperan de los hombres y las

mujeres con base en sus construcciones físicas, sociales y culturales y los compuestos, son estereotipos de género que interactúan con otros estereotipos que asignan atributos, características o roles a diferentes subgrupos de mujeres (Cook y Cusack, 2009, p. 29).

Una característica particular de los estereotipos de género es que son resilientes; son dominantes y persistentes. Son dominantes socialmente cuando se articulan a través de los sectores sociales y las culturas y son socialmente persistentes en cuanto se articulan a lo largo del tiempo (Cook y Cusack, 2009, p. 26). Como consecuencia de ello, las prácticas que generan las condiciones para la estratificación y subordinación social de las mujeres son socialmente dominantes y persistentes (Cook y Cusack, 2009, p. 26).

El uso de los estereotipos de género ha traído aparejado la asimilación de las mujeres a la maternidad y la idea de que son seres vulnerables necesitados de protección. Esto obviamente derivó en toda una serie de disposiciones legislativas y jurisprudenciales afirmando la necesidad de las mujeres de ser protegidas (Cook y Cusack, 2009, p. 32).

Por su parte, los estereotipos sexuales determinan qué tipo de comportamientos son aceptados y establecen que la sexualidad femenina, por ejemplo, solo debe ser ejercitada en el marco de un matrimonio y destinada exclusivamente a la procreación. Estos, además, enfatizan la propiedad de los hombres sobre las mujeres y permite que se den fenómenos como la violación o la trata de personas (Cook y Cusack, 2009, p. 32).

Mientras tanto, los estereotipos sobre los roles sexuales comunes concernientes a los papeles apropiados de hombres y mujeres son las nociones generalizadas según las cuales los hombres deben ser los proveedores primarios de sus familias y las mujeres, madres y amas de casa (Cook y Cusack, 2009, p. 33).

Finalmente, se encuentran los estereotipos compuestos, donde el género se intersecta con otros rasgos de la personalidad en formas muy variadas y crea estereotipos que impiden la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres y la materialización de la igualdad sustancial. Tales rasgos incluyen los siguientes, pero no se limitan a estos: edad, raza o etnia, capacidad discapacidad, orientación sexual y clase o estatus, que incluye el estatus como nacional o inmigrante (Cook y Cusack, 2009, p. 33).

Ahora bien, ¿cómo estos estereotipos afectan a las víctimas de violencia de género o agresiones sexuales?

Retomando aquello mencionado anteriormente, los estereotipos se encuentran jerarquizados, es decir, operan para ignorar cualidades, necesidades, habilidades

y todo otro tipo de individualidades, y provoca que se le niegue a la persona el disfrute de sus derechos y libertades, es decir, se genera desigualdad y discriminación y se pueden vincular con el origen y la perpetuación de la violencia.

Así, en la mayoría de las sociedades occidentales, las características asociadas a lo masculino están socialmente más valoradas que aquellas asociadas a lo femenino y, como veremos a continuación, el derecho y sus instituciones, como productores y reproductores de relaciones de poder y dominación, no escapa a ello.

En este sentido, Frances Olsen afirma que en el pensamiento occidental existen una serie de pares opuestos como activo/pasivo, racional/irracional, objetivo/subjetivo, pensamiento/sentimiento, razón/emoción, poder/sensibilidad, cultura/naturaleza, etc. Los primeros de estos pares están culturalmente asociados a lo masculino, y también al mundo del derecho, mientras que los segundos a lo femenino, e indican características consideradas extrañas al derecho (Olsen, 2004, p. 25).

Esta ajenidad de las mujeres al derecho ha traído aparejada que las instituciones vinculadas a él sean de carácter androcéntricas, es decir, que tengan como parámetro, modelo o prototipo al hombre/varón de la especie humana (Facio, 1999, p. 104). Así, la universalización de lo típicamente masculino ha invisibilizado las experiencias y los puntos de vista de las mujeres y ha generado un sinnúmero de consecuencias negativas para ellas, entre las que se encuentran los mencionados estereotipos y mitos sobre cómo deberían ser o actuar. Cuando ellos permean las instituciones encargadas de investigar y juzgar los delitos de violencia de género, se naturalizan, creándose un ámbito propicio para la impunidad y repetición de este tipo de hechos.

Como afirman Cook y Cusack (2009)

Quando un Estado aplica, ejecuta o perpetua un estereotipo de género en sus leyes, políticas públicas o prácticas, lo institucionaliza, dándole fuerza y autoridad del derecho y la costumbre. El ordenamiento jurídico, como una institución estatal, condona su aplicación, ejecución y perpetuación y por lo tanto genera una atmósfera de legitimidad y normalidad (p. 42).

En los casos de violencia doméstica, una de las creencias que rodea este tipo de delitos y que impide una resolución de casos ajustada a derecho es aquella producto de la dicotomía público/privado. Dicha construcción política y filosófica ha asignado a las mujeres a las tareas de cuidado y reproducción, mientras que a los varones se los designó protagonistas de lo público y, por lo tanto, de lo institucional. Entre sus principales consecuencias, esta división trajo aparejada la idea de

que, en el interior del hogar, el marido reemplaza a la autoridad estatal, por lo que las agresiones o violencias que tienen lugar en el seno familiar deben resolverse en la intimidad.

Sin embargo, el argumento de la privacidad oculta que el fenómeno de la violencia contra las mujeres en el ámbito doméstico es consecuencia de las relaciones de dominación de los hombres por sobre las mujeres que tienen lugar en nuestra sociedad. El no inmiscuirse en la esfera privada legitima la naturalidad de la división público-privado, haciendo aparecer como natural lo que fue socialmente construido. Lo que provoca el Estado, al renunciar a su intervención, es mantener una relación de poder desigual, que en el ámbito de la familia implica dejar a la mujer sometida a los designios del marido.

Por otro lado, debe abandonarse la concepción de que los hechos de violencia doméstica son el resultado de una relación conflictiva, dado que dicho argumento remite a un vínculo disfuncional y a la coparticipación de la víctima en dicha problemática. La conflictividad alude a que ambas partes se encuentran en iguales condiciones en la relación, lo cual desconoce la situación de desigualdad estructural de las mujeres en la sociedad e impide visualizar el vínculo de dominación que probablemente exista en la pareja, y que coloca a la mujer en un grado de mayor vulnerabilidad respecto del hombre.

El problema de la incursión de los mitos en los procesos de violencia sexual radica en el hecho de que los estereotipos pueden alterar la manera en la que son analizados determinados elementos de los tipos penales que sancionan la violencia sexual. Por ejemplo, considerar la honestidad como una cualidad propia de las mujeres podría ser visto como algo positivo. Sin embargo, eso hace que muchas veces las faltas y delitos cometidos por las mujeres reciban mayor reprobación y condena (Falcón, 2013).

El informe de Amnistía de violencia sexual elaborado en el 2018 afirma que la falta de especialización y de conocimiento de las diversas violencias por razón de género puede condicionar a las víctimas y supervivientes en los pasos previos a la interposición de la denuncia o durante el procedimiento judicial, ya que se reproducen numerosos estereotipos de género en torno a la violencia sexual en la mayoría de las instituciones públicas, especialmente en instancias policiales, centros sanitarios e instancias judiciales, lo que lleva a que el personal tienda a dudar de las víctimas, a minimizar las agresiones sufridas o, en el peor de los casos, a responsabilizarlas de los hechos (Amnistía, 2018).

En el documento nombrado se han recabado testimonios tales como “si van acompañadas de abogado, la denuncia pierde valor porque se considera que están dirigidas; si está asesorada para que la denuncia sea más válida se presume

que no es cierta” (Amnistía, 2018, p. 44) y “los estereotipos de género existen, y aunque es tremendo decirlo, en ocasiones parece que cuanto más sumisa, cuanto más víctima se muestra según los patrones preestablecidos, eso suma puntos” (Amnistía, 2018, p. 56).

Respecto a las denuncias falsas se ha dicho: “La violencia sexual se trata igual que si te hubieran robado un móvil. A veces la condena no es tan importante como el trato que han sufrido las mujeres durante el proceso judicial. El cien por cien de las mujeres no volvería a denunciar, incluso con condena (...) (al agresor) ¿Por qué van a querer pasar por este infierno? Es que resulta ofensivo que se hable de denuncias falsas” (Amnistía, 2018, p. 57).

Se destaca en el documento que el cuestionamiento de la credibilidad y la constante aplicación de los prejuicios y estereotipos de género a los que se enfrentan las víctimas y supervivientes por parte de las instituciones y de la sociedad repercuten en su capacidad para superar las secuelas físicas y emocionales derivadas de la violencia sufrida (Amnistía, 2018, p. 65).

En este sentido, se han recabado datos acerca de la violencia sexual en España (Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2015), que releva que 8 de cada 10 (81%) personas rechazan afirmaciones que culpan a la víctima de una agresión sexual de forma explícita, pero el 43,7% considera que si una mujer coquetea es porque quiere tener relaciones sexuales y 8 de cada 10 (83,3%) personas rechazan culpar a la víctima de la agresión sexual si había bebido, pero el 47,7%, casi 1 de cada 2, exime parcialmente de culpa al agresor si es este el que lo ha hecho.

Asimismo, de la encuesta surge que el 43,6% de los hombres y el 37,3% de las mujeres creen que es más probable que una mujer sea violada por un desconocido y solo el 18,6% de las violaciones que se producen fuera del ámbito de la pareja son cometidas por desconocidos. Finalmente, el 40,9% de los hombres y el 33,4% de las mujeres consideran que la responsabilidad para controlar el acoso sexual reside en la mujer acosada.

Los mitos que rodean a la violencia sexual son altamente perjudiciales ya que inciden fundamentalmente en la investigación y juzgamiento de este tipo de delitos. Uno de los más habituales es que solo aquellas mujeres honestas pueden ser víctimas de agresiones sexuales, dado que aquellas que fueron catalogadas de promiscuas, o incluso una trabajadora sexual, no pueden ser víctimas de violación.

El segundo mito postula que si las mujeres dicen “no” en realidad están diciendo “sí”. De este modo, el tratamiento del consentimiento en los delitos contra la integridad sexual representa uno de los ejemplos más evidentes de cómo

el paradigma de sexualidad masculina y patriarcal ha permeado las instituciones legales. A los fines de probar una violación, debe demostrarse la falta de consentimiento y ello se logra casi exclusivamente examinando el comportamiento de la víctima, previo y posterior. Se exige de ella determinado estándar moral, incluso resistencia física o actitudes que ponen en peligro su propia vida, para demostrar que falta aquiescencia (1).

De esta manera,

Los mitos sobre el consentimiento en la violación reflejan las características de una ideología que establece dobles estándares para la sexualidad masculina y femenina y construye prototipos de mujeres en términos dicotómicos: hay mujeres buenas y mujeres malas. Estas imágenes expresan la idea de que fuera del matrimonio el sexo es normal para los varones, pero no para las mujeres (Di Corleto, 2006, pp. 5-6).

Otro de los mitos que circulan es que la violación solo es cometida por extraños, pese a que las cifras indican todo lo contrario. Se ha construido alrededor del agresor una idea de que es un desviado o un enfermo mental, por lo que aquellos varones que se encuentran cercanos a nuestros círculos íntimos y que gozan de buena salud mental jamás podrían ser agresores. Uno de los últimos casos resonantes tuvo lugar en Italia, donde absolvieron a dos acusados de violación, dado que la víctima era “demasiado fea” para ser violada (Diario RTVE, 2019). Además de la aberración que implica ventilar dicha afirmación en el marco de un proceso judicial, ello trae aparejada la idea de que la violación se produce como consecuencia de una atracción sexual de carácter irrefrenable y no como producto de un ejercicio de poder y disciplinamiento sobre el cuerpo de las mujeres por parte de los hombres.

III. Los estereotipos género en el derecho internacional de los derechos humanos

De lo expuesto en los apartados anteriores surge que la influencia negativa de los estereotipos en las instancias estatales por las que tiene que atravesar una víctima de violencia de género afecta su derecho a no ser discriminada y a la tutela judicial efectiva, protegido en tratados y convenciones internacionales de derechos humanos (conf. artículo 1 CEDAW y conf. Comité CEDAW, Recomendación General 19: La Violencia contra la Mujer, 11º período de sesiones, 1992).

(1) Recuérdese el caso de “la manada”, que tuvo lugar en las fiestas de San Fermín, Pamplona, España, donde en el proceso judicial se puso en duda la falta de consentimiento de la víctima por no prestar una resistencia activa.

A nivel regional, el artículo 6 de la Convención de Belém do Pará garantiza el derecho de las mujeres a ser libres de toda forma de discriminación y su derecho a ser valoradas “libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación”. El artículo 7 del mismo tratado exige la prevención y sanción de la violencia contra las mujeres y la realización de procedimientos legales justos y eficaces para la mujer sometida a violencia. Como puede verse, en dicho instrumento se trata discriminación, violencia y acceso a la justicia, como fenómenos que guardan estrecha relación entre sí. Esta vinculación, a nivel interamericano, ha sido realizada en numerosas ocasiones por diversos órganos que componen el sistema interamericano de derechos humanos (2).

Ahora bien, el instrumento por excelencia a nivel internacional sobre la discriminación a las mujeres es la “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” (CEDAW), sancionada en 1985. Es el primer instrumento internacional de derechos humanos que toma como punto de partida la histórica desigualdad estructural entre los hombres y las mujeres y pese a que todavía no se hablaba de género en el momento en que fue discutida, sí se puede decir que es un instrumento con perspectiva de género (Facio, 1998).

La Convención reconoce la desigualdad estructural que sufren las mujeres en los distintos ámbitos en que se desarrollan y afirma que las mujeres han sido y siguen siendo objeto de diversas formas de discriminación, la cual caracteriza como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

Asimismo, establece un marco general que obliga a los Estados parte a realizar medidas concretas para enfrentar la discriminación, y amplía la responsabilidad estatal a actos que comenten particulares, empresas, organismos no estatales (artículo 2 inc. e). En particular, en el inciso f) se establece la obligación estatal de adoptar “todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer”.

(2) El presente trabajo trata la temática de los estereotipos en el ámbito internacional de los derechos humanos, por ello no se profundizará más en el trabajo de la CIDH y la Corte IDH sobre el tema. Sin embargo, la cuestión ha tenido un amplio e interesante desarrollo a nivel regional, que ha abordado profundamente la vinculación entre estereotipos, violencia y acceso a la justicia (véase por ejemplo, el Caso María Da Penha o el conocido caso “Campo Algodonero”, donde la Corte trató el caso de los feminicidios acontecidos en Ciudad Juárez).

Por otro lado, el artículo 4 establece la posibilidad de implementar medidas temporales especiales, encaminadas a acelerar una auténtica igualdad de facto entre el hombre y la mujer, siendo una de sus más conocidas manifestaciones el sistema de cuotas, sobre todo en el ámbito político (escaños parlamentarios, gobierno, etc.).

La Convención cubre tanto los derechos civiles como políticos (derecho al voto, a participar en la vida pública, a adquirir, cambiar o mantener la nacionalidad, a la igualdad ante la ley y la libertad de movimiento) y derechos económicos, sociales y culturales (derecho a la educación, al trabajo, a la salud y al crédito financiero).

La CEDAW también presta especial atención a fenómenos tales como la trata de personas, a ciertos grupos de mujeres como las que se desempeñan en ámbitos rurales y áreas específicas como las cuestiones relacionadas con el matrimonio y la familia. Además, especifica las diferentes maneras en las cuales los Estados parte deben eliminar la discriminación, incluida una legislación adecuada que prohíba la discriminación, o acciones positivas para mejorar la condición de las mujeres.

En relación a los estereotipos en particular, contiene varias disposiciones que obligan a los Estados a abordarlos en los diversos ámbitos donde se manifiestan. El artículo 5 reviste el de mayor importancia, en tanto prevé la obligación de los Estados de adoptar medidas apropiadas para modificar los patrones socio culturales de conducta de hombres y mujeres para “alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”. La idea que permea es que las prácticas estereotipadas que asignan a la mujer a ciertos roles subordinados constituyen un menoscabo al ejercicio de sus derechos y es el Estado quien debe asumir activamente la tarea de eliminarlas.

La disposición c) del artículo 10 también insta a los Estados a eliminar los estereotipos en la educación, concretamente “de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos en enseñanza”.

Tal como sostiene Alda Facio, en la Convención se fortalece el concepto de indivisibilidad de los derechos humanos dado que aparecen con igual importancia todos los derechos al establecer en un solo instrumento derechos económicos, sociales, culturales, civiles, políticos, así como derechos colectivos de sectores de mujeres y también el derecho al desarrollo (Facio, 2006).

Bajo dicho entendimiento, consideramos que el artículo 15 de la Convención, relativo a la igualdad ante la ley, legislación y capacidad de contratar, debe ser interpretado holísticamente junto con los artículos 2f y 5, conformándose así la obligación estatal de enfrentar la estereotipación que impide alcanzar la efectiva igualdad ante la ley.

Por otro lado, el 23 de febrero de 1994, la Organización Mundial de las Naciones Unidas sancionó la “Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer”, donde reconoció que la violencia contra la mujer resulta una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Sostiene que la violencia de género se constituye mediante una manifestación de relaciones de poder en donde el hombre domina y discrimina a la mujer. Así las cosas, de una exégesis conjunta de los artículos de la CEDAW y la Declaración se deriva la obligación de los Estados parte de llevar a cabo la totalidad de medidas adecuadas a fin de abordar los estereotipos y las consecuencias limitantes que ellos tienen para el acceso a la justicia. Los Estados deben tomar medidas para eliminar este tipo de barreras que las mujeres encuentran y que son dañinos dado que violan sus derechos de tutela judicial efectiva y vivir una vida libre de discriminación y violencia.

Esta normativa se complementa con el trabajo del Comité CEDAW, órgano que ha tratado en profundidad la cuestión de los estereotipos y el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia doméstica o sexual.

IV. El comité CEDAW

La forma que el sistema internacional de los derechos humanos ha encontrado para que los particulares puedan reclamar el cumplimiento de sus derechos reconocidos en las diversas convenciones de derechos humanos fue la creación de Comités, cuya principal misión es velar por la observancia de las disposiciones de los pactos y recibir e investigar las denuncias que actores individuales pueden presentar. Entre ellos se encuentra el Comité CEDAW, que es el órgano de expertas independientes que supervisa la aplicación de la CEDAW por sus Estados Parte.

Entre sus funciones, detalladas en su Protocolo Facultativo, se encuentra la de hacer recomendaciones de carácter general a los Estados sobre aspectos relativos a la eliminación de la discriminación a la mujer y examinar los informes que los Estados partes deben presentar sobre las medidas que han adoptado para hacer efectiva la convención.

Entre las recomendaciones más importantes relativas a los estereotipos y el acceso a la justicia se encuentra la N° 35, que actualiza la N° 19, donde se sugieren diversas medidas en los planos legislativo, ejecutivo y judicial. Respecto a este último, vincula violencia de género y estereotipos, afirmando que

La aplicación de nociones preconcebidas y estereotipadas de lo que constituye violencia por razón de género contra la mujer, de cuáles deberían ser las respuestas de las mujeres a esa violencia y del criterio de valoración de la prueba necesario para fundamentar su existencia, pueden afectar a los derechos de la mujer, a la igualdad ante la ley y a un juicio imparcial y un recurso efectivo, conforme a lo establecido en los artículos 2 y 15 de la Convención (Comité CEDAW, 2007, párrafo 26, apartado c).

La recomendación N° 25 relativa a las medidas de carácter temporal, sostuvo que “los Estados Partes están obligados a hacer frente a las relaciones prevalecientes entre los géneros y a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a la mujer no sólo a través de actos individuales sino también porque se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales” (Comité CEDAW, 2004, párrafo 7).

En su recomendación General N° 33, el Comité abordó el acceso de las mujeres a la justicia. Allí se sostuvo que los estereotipos y los prejuicios de género tienen consecuencias de gran alcance para el pleno disfrute de los derechos humanos de las mujeres, habida cuenta que pueden impedir el acceso a la justicia en todas las esferas de la ley y afectar particularmente a las mujeres víctimas y supervivientes de la violencia. Afirmaron que los estereotipos distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos. Agregaron que los jueces adoptan normas rígidas sobre lo que consideran un comportamiento apropiado de la mujer y castigan a las que no se ajustan a esos estereotipos. Asimismo, afectan la credibilidad de las declaraciones, los argumentos y los testimonios de las mujeres, como partes y como testigos y pueden hacer que los jueces interpreten erróneamente las leyes o las apliquen en forma defectuosa. El Comité relacionó esto directamente con la impunidad de los perpetradores de las violaciones de los derechos de la mujer, ya que los estereotipos comprometen la imparcialidad y la integridad del sistema de justicia, que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciantes. Sostuvieron que los estereotipos están presentes en todas las fases de la investigación, del juicio y, por último, influyen en la sentencia. Además, indicaron que las mujeres tienen que poder confiar en un sistema judicial libre de mitos y estereotipos y en una judicatura cuya imparcialidad no se vea comprometida por esos supuestos sesgados. Por último, reconocieron que la eliminación de los estereotipos judiciales en los sistemas de justicia es una medida esencial para asegurar la igualdad y la justicia para las víctimas y los supervivientes. De este modo, instaron a los Estados parte a tomar medidas de concienciación y fomento de la capacidad de todos los agentes de los sistemas de justicia y de los estudiantes de derecho para eliminar los estereotipos de género e incorporar una perspectiva de género en todos los aspectos del sistema de justicia (Comité CEDAW, 2015).

Otra de las misiones del Comité CEDAW, contemplada en su protocolo facultativo, es recibir denuncias por parte de personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción del Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por un Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas (Protocolo CEDAW, artículo 7).

A continuación, examinaremos los casos más relevantes del Comité, donde se ha identificado la influencia de estereotipos de género en la investigación y juzgamiento de delitos contra las mujeres.

V. Violencia sexual y estereotipos en el Comité CEDAW

En el presente apartado se verán dos casos de origen Filipino; en el primero, una mujer, directora ejecutiva de la Cámara de Comercio de dicho país, fue violada por el presidente de dicha Cámara (Comité CEDAW, 2008). Durante el juicio oral y público, la jueza filipina consideró que el testimonio de la víctima no era verosímil y absolvió al acusado. Sus argumentos estaban plagados de mitos y estereotipos de género acerca de cuál debe ser una conducta de una mujer víctima de violación.

La autora de la comunicación identificó varios estereotipos en el juzgamiento de su caso; el primero, vinculado a que las víctimas de violación deben aprovechar escapar en la primera oportunidad, ignorando la multiplicidad de respuestas que una víctima puede llegar a asumir; el segundo, que la víctima para ser violada debe ser tímida o fácilmente atemorizable y el tercero es que debe haber una amenaza directa, como la presencia de un arma, para llevar a cabo la violación. Otro estereotipo que identificó la autora de la comunicación es aquel vinculado a que si la víctima y el acusado se conocen, el acto sexual es consentido, y que si logró eyacular, no pudo haber sido violación. Asimismo, en el fallo que absolvió al imputado, se afirmó que la edad avanzada de aquel, esto es, sesenta años, también dificultaba aseverar que fue contra su voluntad. Por último, el tribunal afirmó que “una acusación de violación puede hacerse con facilidad, pero es más fácil para el acusado desmentirla” (Comité CEDAW, 2008).

El Comité afirmó que Filipinas había violado el artículo 5 de la Convención CEDAW y sostuvo que el procedimiento judicial estuvo teñido de patrones discriminatorios acerca de las mujeres víctimas de violación.

Concretamente afirmó

El Estado parte tiene la obligación de adoptar medidas adecuadas para modificar o abolir no sólo las leyes y normas vigentes, sino también los usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer. A este

respecto, el Comité pone de relieve que la aplicación de estereotipos afecta el derecho de la mujer a un juicio imparcial y justo, y que el poder judicial debe ejercer cautela para no crear normas inflexibles sobre lo que las mujeres y las niñas deberían ser o lo que deberían haber hecho al encontrarse en una situación de violencia o violencia basada en el género en general (...). Está claro que en la evaluación de la credibilidad de la versión de los hechos presentada por la autora habían influido varios estereotipos, puesto que la autora no había mostrado en esta situación el comportamiento esperado de una víctima ideal y racional (Comité CEDAW, 2008, párrafo 8.4).

Así, el hecho de que la autora no se amoldara a este “guion esperable de actuación”, en la práctica, restó credibilidad a su acusación a los ojos del Tribunal nacional.

Otro caso sobre violencia sexual, similar al anterior, es R.P.B contra Filipinas (Comité CEDAW, 2011), donde una mujer sorda, perteneciente a una familia de escasos recursos económicos de Manila, fue violada por su vecino, a quien, para absolverlo, los miembros del Tribunal utilizaron estereotipos y falsedades de género vinculados a la forma en que una víctima debería actuar. El tribunal que juzgó su caso sostuvo que “el comportamiento de la autora no fue coherente con el de una filipina corriente” ni con “el nivel razonable de comportamiento de un ser humano”, dado que no había tratado de escapar ni resistirse. Afirmó que “el hecho de que la autora ni siquiera trató de escapar (...) o por lo menos gritar pidiendo ayuda, a pesar de las oportunidades de hacerlo, pone en tela de juicio su credibilidad y hace que su alegación de falta de consentimiento sea difícil de creer” (Comité CEDAW, 2011). Ante ello, el Comité afirmó que dichas conclusiones “revelan la existencia de fuertes estereotipos que se traducen en discriminación basada en el sexo y en el género, y un desconocimiento de las circunstancias particulares del caso, como la discapacidad y la edad de la autora” (Comité CEDAW, 2011, párrafo 8.9).

De esta forma, se afirma que el Tribunal no tuvo en cuenta la triple situación de vulnerabilidad en la que se encontraba inserta, es decir, era mujer, sorda y de escasos recursos, y que, además, el Tribunal reprodujo la idea de que una mujer tiene que proteger su honor y pureza.

En los casos relatados es posible visualizar cómo los cuatro tipos de estereotipos identificados por Cook y Cusack actúan en los órganos del Estado. En efecto, las resoluciones mencionadas contienen estereotipos acerca de la sexualidad de las mujeres y de los roles que deben cumplir, que se tradujeron en decisiones sumamente discriminatorias y que culminaron con la impunidad de los hechos que las victimizaron.

Seguidamente, nos enfocaremos en un caso en que los estereotipos de género no estuvieron enfocados en la sexualidad de la víctima, sino en ciertos prejuicios o mitos acerca de la violencia de género y sus consecuencias.

VI. El caso Ángela González Carreño ante el Comité CEDAW

En el año 2012, Ángela González Carreño, acompañada por Women's Link Worldwide, presentó ante el Comité CEDAW una denuncia alegando que las autoridades policiales, administrativas y judiciales españolas habían violado su derecho a no ser objeto de discriminación por motivos de género garantizado en el artículo 1 de la CEDAW.

Los hechos del caso se inician en 1996, año en que Ángela conoció a FRC y tuvo a su hija. En 1999 y luego de varios episodios de violencia, decidió separarse, quedándose con la custodia de la niña. Sin embargo, continuó siendo objeto de violencia por parte de FRC (amenazas e insultos).

Tras la separación, la niña rehusaba encontrarse con su padre debido al maltrato que ella y su madre sufrían durante los encuentros, por lo que Ángela pidió varias veces órdenes de alejamiento y el pago de la cuota alimentaria (alrededor de 30). A pesar de los informes negativos de los servicios sociales, hacia el año 2003, el régimen de visitas establecido entre FRC y su hija no se detuvo ni se modificó. La idea que subyacía durante el procedimiento fue que la violencia doméstica es un conflicto privado entre dos personas y que sus efectos no pueden ni deben alcanzar a los hijos de la pareja.

Carreño continuó solicitando un régimen de visitas supervisado por los Servicios Sociales y se opuso a todas las solicitudes de ampliación del régimen de visitas que solicitaba el maltratador, pero no se le hizo lugar.

Luego de una audiencia pactada, el imputado le dijo que le quitaría lo que más quería. El 24 de abril de 2003, Ángela llevó a su hija a servicios sociales al encuentro con su padre, pero al ir a retirarla, horas más tarde, ellos no estaban allí. Entonces, se comunicó con la policía, que los encontró en el domicilio de él, ambos fallecidos por disparo de arma de fuego (homicidio y luego suicidio).

Ángela se presentó en el Ministerio de Justicia, para reclamarle patrimonialmente al Estado por anormal funcionamiento de la justicia y negligencia de los funcionarios. Los poderes del Estado habían incumplido la obligación de proteger su vida y la de su hija, a pesar de las múltiples ocasiones en que había informado a los juzgados y la policía del peligro que la niña corría con su padre. La autora reclamó su derecho a recibir una indemnización, como única forma viable de

reparación. Sin embargo, el 3 de noviembre de 2005, el Ministerio de Justicia rechazó la reclamación y luego así lo hizo el Tribunal Supremo.

Agotadas las vías internas, Ángela decidió llevar su caso ante el Comité CEDAW, que en el año 2014 resolvió a su favor y respecto de España determinó que había violado su deber de debida diligencia (artículo 2 CEDAW).

VI.1. La resolución del Comité CEDAW

El comité CEDAW indicó que su examen consistía en determinar si el Estado español era responsable por haber incumplido las obligaciones de debida diligencia en relación con los episodios que culminaron con el homicidio de la hija de Ángela González Carreño. Concretamente, analizó si las autoridades estatales tomaron medidas razonables con miras a proteger a la autora y a su hija de posibles riesgos en una situación de violencia doméstica continuada (Comité CEDAW, 2014).

Durante este examen, el Comité afirmó que no era cierto —tal como alegó el Estado español— que nada hacía presagiar el trágico desenlace del caso y señalaron los informes y las constancias judiciales que sí lo hacían. Sostuvieron que el Estado, a través de sus agentes, tuvo efectivo conocimiento de episodios de violencia sufridos por las víctimas, a la vez que el agresor incumplía sistemáticamente todas las órdenes de alejamiento, sin ninguna consecuencia jurídica (Comité CEDAW, 2014).

Respecto de las visitas sin supervisión, el Comité resaltó que en varias ocasiones fue desaconsejada por profesionales y que la madre y la propia niña continuamente alertaban acerca del peligro que significaba que la menor esté sola con su padre, siendo desoídas en todas las ocasiones (Comité CEDAW, 2014).

Afirmaron que las víctimas tampoco fueron escuchadas respecto a la conveniencia de ver al padre sin supervisión, máxime ante las denuncias previas de violencia doméstica contra él. Los miembros del Comité argumentaron que, bajo los artículos 2 a), d), e) y f); 5 a) y 16, párrafo 1 d) de la Convención, los Estados partes tienen la obligación de adoptar medidas apropiadas a fin de modificar o abolir no solamente las leyes y reglamentaciones existentes, sino también las costumbres y las prácticas que constituyan discriminación contra la mujer; pese a ello, las autoridades del Estado, al decidir el establecimiento de un régimen de visitas no vigilado, aplicaron nociones estereotipadas y, por lo tanto, discriminatorias, en un contexto de violencia doméstica y fallaron en su obligación de ejercer la debida vigilancia (Comité CEDAW, 2014).

Textualmente alegaron que

La existencia de prejuicios por parte de las autoridades se manifestó en la incapacidad de estas de apreciar correctamente la gravedad de la situación a la que ella y su hija se enfrentaban y su sufrimiento por la situación de la niña. Además, no se realizó una investigación de las consecuencias que tenía para la niña vivir en un ambiente de violencia y su condición de víctima directa e indirecta de esa violencia. En lugar de ello, las autoridades encargadas de otorgar protección privilegiaron el estereotipo de cualquier padre, incluso el más abusador, debe gozar los derechos de visita (...) ello sin valorar los derechos de la menor e ignorando que esta había manifestado tener miedo a su padre y rechazaba el contacto (...). También se observa que la decisión mediante la cual se pasó a un régimen de visitas no vigiladas fue adoptada sin previa audición de la autora y su hija, y que el continuo impago por parte de FRC de la pensión de alimentos no fue tenido en consideración en este marco. Todo esto refleja un patrón de actuación que obedece a una concepción estereotipada del derecho de visita basada en la igualdad formal que, en el presente caso, otorgó claras ventajas al padre a pesar de su conducta abusiva y minimizó la situación de madre e hija como víctimas de violencia, colocándolas en una situación de vulnerabilidad (Comité CEDAW, 2014, párrafo 9.4).

A la postre, el órgano formuló dos tipos de recomendaciones, individuales y generales; las primeras, vinculadas a la reparación e investigación acerca de lo ocurrido y las segundas, relativas a reforzar la aplicación del marco legal con miras a asegurar que las autoridades competentes ejerzan la debida diligencia para responder adecuadamente a situaciones de violencia doméstica y a la formación de jueces y personal administrativo. Además, debía adoptar medidas para que los actos de violencia doméstica cometidos en el pasado se tuvieran en cuenta al determinar los derechos de custodia y visita de los niños (Comité CEDAW, 2014).

VII. Reflexiones finales

La violencia contra las mujeres ha sido reconocida como un problema de derechos humanos y tanto a nivel internacional como regional se identificaron las causas y consecuencias de este fenómeno, diseñándose documentos y mecanismos para realizar denuncias con el objeto de instar a los Estados a combatirla seriamente.

Sin embargo, como ha quedado claro en el desarrollo del trabajo, aún existen prácticas institucionales que demuestran la persistencia de ideas tradicionales sobre la violencia doméstica o sexual. Aquellos mitos y estereotipos pasan a ser

parte del repertorio de respuestas usuales, las cuales adquieren la autoridad y legitimidad que brinda el Estado, convirtiéndose en gran medida responsable de la impunidad y consecuente repetición de la violencia contra las mujeres.

Tanto en el informe de Amnistía Internacional (2018) como en los casos analizados por el Comité CEDAW, se ha puesto en evidencia que aún persisten prácticas abiertamente discriminatorias enquistadas en las y los operadores del sistema judicial y otras instituciones estatales, que dificultan una investigación rápida, eficaz y ajustada los estándares de derechos humanos.

El caso Ángela González Carreño resulta especialmente ilustrativo de cómo la falta de perspectiva de género en operadores de justicia es pasible de provocar enormes daños en las víctimas. Los entes estatales minimizaron los hechos de violencia de género padecidos por Carreño y su hija, dado que los repetidos reclamos de la madre fueron desoídos y no se tomaron medidas urgentes para detener la situación de violencia por la que estaban pasando. Esta falta de perspectiva de género en las personas encargadas de administrar justicia estuvo anclada en la idea de que los padecimientos que sufrían Carreño y su hija eran un problema privado que debían resolverse sin la intervención estatal y que el derecho del padre a ver a su hija primaba por sobre el derecho de la niña a vivir una vida libre de violencia. De esta forma, la retirada del Estado provocó una total desprotección y le envió las señales al agresor de que nada podía detenerlo. El episodio analizado es enormemente ilustrativo de la profunda vinculación que media entre violencia y discriminación, que se agrava cuando las respuestas están cargadas de prejuicios y estereotipos.

En igual sentido ocurrió en los casos de violencia sexual resueltos por el Comité CEDAW, en los cuales la aplicación de estereotipos trajo aparejado resoluciones discriminatorias, legitimando y reproduciendo discursos que circulan en la sociedad sobre cómo deberían actuar las víctimas de violación, los cuales influyeron negativamente en la valoración de sus testimonios y juzgamiento de sus agresores.

A criterio del Comité, los Estados de Filipinas y España han violado el deber de debida diligencia establecido en la CEDAW (artículo 2 CEDAW y 4 de la “Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer”) que incluye la eliminación de creencias y mitos sobre la violencia de género, sus manifestaciones y consecuencias, incluso en las investigaciones, sentencias y resoluciones judiciales. Bajo los preceptos emanados de la CEDAW, los Estados están obligados a eliminar cualquier tipo de barrera que impida que las mujeres reciban una atención libre de nociones estereotipadas y que, además, las proteja adecuadamente cuando acuden por ayuda.

En los casos estudiados, la vinculación entre estereotipos y discriminación es altamente visible, pero la mayoría de las veces dicha relación no sale a la luz y se oculta tras el velo de la igualdad formal. Así, la forma en que se recoge y valora la prueba en las investigaciones donde se ventilan hechos vinculados a violencia contra las mujeres resulta un ejemplo típico de la falsa neutralidad de las normas y sus instituciones.

En nuestro país, la Defensoría General de la Nación ha advertido sobre la existencia de investigaciones penales cargadas de este tipo de prejuicios. Así, la concepción de la mujer instrumental, que hace la denuncia para conseguir algo del proceso penal; la mujer mendaz, que miente o inventa; la mujer co-responsable, la cual coopera a la situación de violencia; son preconcepciones negativas que impiden una investigación exhaustiva y repercuten en la construcción de la sentencias(3) (DGN, 2010).

De esta forma, resulta evidente que las leyes y sus institutos tienen un papel importantísimo en el origen de estas nociones preconcebidas, por lo que un camino a seguir debe ser exhibir su androcentrismo y generar mecanismos que contrarresten la reproducción de ideas tradicionales sobre lo que las mujeres son o deberían ser. Por otro lado, se debe tomar conciencia que no son inofensivas construcciones sociales, sino que provocan efectos tangibles en las víctimas y sus familiares.

No puede dejar de mencionarse que existen una multiplicidad de estereotipos negativos vinculados a la raza, clase social, nacionalidad y muchas otras formas de discriminación, que interseccionan con el género y obstaculizan aún más la posibilidad de encontrar en organismos estatales una respuesta o protección adecuada.

En fin, ha quedado claro que los estereotipos construyen patrones de jerarquía y subordinación y aquellas personas que están por fuera del sujeto universal(4) para el que fueron diseñadas las leyes y los procedimientos legales, encuentran un sinnúmero de impedimentos a la hora de acceder a la justicia.

(3) Para un mayor desarrollo teórico y práctico acerca de los estereotipos en las sentencias judiciales, Defensoría General de la Nación "Discriminación de Género en las Decisiones Judiciales: Justicia Penal y Violencia de Género". Recuperado de <http://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/010%20Discriminacion%20de%20Genero%20en%20las%20Decisiones%20Judiciales.pdf>

(4) Este sujeto ha sido identificado con las siguientes características: hombre, heterosexual, blanco, de edad media, propietario y sin discapacidades.

VIII. Bibliografía

Amnistía Internacional (2018). *Violencia sexual en España*. Recuperado de <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/campanas/violencia-sexual-2018/>

Bodelón, E. (2003). Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal. En R. Bergalli (coord.), *Sistema penal y problemas sociales* (pp. 451-486).

Cook, R. J. y Cusack, S. (2010). *Estereotipos de género: perspectivas legales transnacionales*. Bogotá: Profamilia.

Defensoría General de la Nación (2010). *Discriminación de género en las decisiones judiciales. Justicia penal y violencia de género*. Recuperado de <http://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/010%20Discriminacion%20de%20Genero%20en%20las%20Decisiones%20Judiciales.pdf>

Di Corleto, J. (2006). Límites a la prueba del consentimiento en el delito de violación. *Nueva doctrina penal*, N° 2 (pp. 411-440). Buenos Aires: Ed. Del Puerto.

Diario RTVE (12 de marzo de 2019) *Indignación en Italia por una sentencia que absolvió a dos acusados de violación porque la víctima era "fea"*. Recuperado de <http://www.rtve.es/noticias/20190312/indignacion-italia-sentencia-absolvio-dos-acusados-violacion-porque-victima-era-fea-masculina/1900540.shtml>

Falcón, J. M. (2013). La importancia de la aplicación del enfoque de género al derecho: asumiendo nuevos retos. *THĒMIS-Revista de Derecho*, N° 63 (pp. 131-146). Perú: THEMIS.

Ministerio de sanidad, servicios sociales e igualdad (2015). *Macroencuesta de violencia contra la mujer*. Recuperado de http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/colecciones/pdf/Libro_22_Macroencuesta2015.pdf

Normativa Internacional

Organización de las Naciones Unidas (1985). Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Organización de las Naciones Unidas (1992). Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.

Organización de las Naciones Unidas (2000). Protocolo Facultativo CEDAW.

Organización de los Estados Americanos (1994). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Documentos del Comité CEDAW

Comité CEDAW (2004). Recomendación general N° 25 sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal. Recuperado de [https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(Spanish\).pdf](https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(Spanish).pdf)

Comité CEDAW (2007). Recomendación general N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia CEDAW/C/GC/33, 3 de agosto de 2015. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf>

Comité CEDAW (2008). Comunicación 18/2008, Karen Tayag Vertido contra Filipinas, 16 de julio de 2010.

Comité CEDAW (2011). Comunicación 4/2011, RPB contra Filipinas, 21 de febrero de 2014.

Comité CEDAW (2012). Comunicación 47/12 del COMITÉ CEDAW, Ángela González Carreño c/ España, 16 de julio de 2014.

Comité CEDAW (2017). Recomendación general N° 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general N° 19. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>

Fecha de recepción: 05-03-2020

Fecha de aceptación: 28-06-2020

El amparo colectivo para garantizar el derecho de igualdad laboral y no discriminación en razón del género

POR **ERIKA SILVINA BAUGER**(*)

Sumario: I. Introducción.- II. El sistema de sexo/género y la división sexual del trabajo.- III. Conclusiones.- IV. Bibliografía.

Resumen: la incorporación de variables de género en el derecho ha puesto en el tapete, de manera crítica, las parcialidades descriptivas y prospectivas de intocables teorías y conceptos jurídicos. Esto nos lleva a redimensionar nuestra tarea docente y profesional, poniendo en tela de juicio el modelo científico académico que venimos desarrollando, lo que redundará en la formación de las futuras generaciones de profesionales. La perseverancia por hacer de la igualdad un principio práctico que pueda concretarse mediante el reconocimiento de las diferencias de las personas, nos lleva a examinar desde la teoría jurídica feminista el caso “Sisnero”. A través de su análisis, reflexionaremos sobre distintas categorías teóricas y prácticas: la igualdad/diferencia(s), el sistema sexo/género, la división sexual del trabajo, los estereotipos de género, la discriminación laboral, el trabajo

(*) Abogada. Auxiliar Docente con funciones de Adjunta Cátedra I Derecho Internacional Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Miembro del Instituto de Derecho Internacional Privado CALP, AADI y ASADIP. Especialización en Derecho Internacional Privado, Universidad de Salamanca. Becaria de investigación en Iniciación, Perfeccionamiento y Formación Superior, SECyT, Universidad Nacional de La Plata. Maestranda en Relaciones Internacionales y en Derechos Humanos, Universidad Nacional de La Plata. Estudiante de la Especialización en Docencia Universitaria de la Universidad Nacional de La Plata. Coordinadora y docente del Seminario “Género y Derecho”, Red de Profesoras Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Integrante del Observatorio de Enseñanza del Derecho, Universidad Nacional de La Plata.

doméstico no remunerado, el paradigma del cuidado, las esferas público/privado, el género como categoría sospechosa y la teoría de la *Drittwirkung*.

Palabras claves: amparo colectivo - discriminación laboral - feminismos jurídicos - perspectiva de género

Collective protection to guarantee the right to labor equality and non-discrimination based on gender

Abstract: *the incorporation of gender variables in Law has critically brought to the fore the descriptive and prospective biases of untouchable theories and legal concepts. This leads us to resize our teaching and professional tasks, calling into question the academic scientific model that we have been developing, which will result in the training of future generations of professionals. The perseverance to make equality a practical principle that can be concretized by recognizing the differences of the people, leads us to examine from the feminist legal theory the "Sisnero" case. Through its analysis, we will reflect on different theoretical and practical categories: equality/ difference (s), the sex/ gender system, the sexual division of labor, gender stereotypes, labor discrimination, unpaid domestic work, care paradigm, the public/private spheres, gender as a suspicious category and the theory of Drittwirkung.*

Keywords: *collective protection - labor discrimination - legal feminisms - gender perspective*

I. Introducción

El ordenamiento jurídico argentino ofrece recursos y técnicas procesales para proteger los derechos humanos en general, y el derecho al trabajo en particular, consagrado en la Constitución Nacional, los tratados internacionales y las leyes federales. Desde el punto de vista jurídico, los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación resultan elementos estructurales del orden jurídico constitucional argentino e internacional. Sin embargo, como veremos a través del estudio del caso y siguiendo a Bobbio (1991 [1964], p. 60), no es suficiente proclamar los derechos, sino que es preciso tutelarlos y garantizarlos, ya que la realización efectiva se trata más de un problema de carácter político y no tanto de tipo filosófico.

Para el reconocimiento efectivo del derecho a la igualdad laboral, Mirtha Sisnero y las mujeres salteñas que la acompañaron tuvieron que interponer una acción de amparo de carácter individual y colectivo y realizar un derrotero judicial de más de siete años, mediante la instrumentación de distintos recursos procesales hasta llegar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. No obstante el logro judicial obtenido, que ordenó cumplir con un 30% de cupo femenino en choferes y

la contratación de la señora Sisnero en las empresas de ómnibus salteñas, en la actualidad hay solo ciento cuarenta mujeres entre dos mil doscientos conductores en la ciudad de Salta (1).

Asimismo, lamentablemente, continúan los estereotipos discriminatorios. La explicación biológica siempre fue muy fuerte en la comprensión de los orígenes e incluso del mantenimiento de la subordinación femenina. En la actualidad, podemos observar noticias con sesgos biologicistas: “El físico de la mujer es más débil que el del hombre, es un trabajo duro el del colectivo; me pueden decir que hay muchas mujeres manejando taxis y autos, pero no es lo mismo que un colectivo que tiene chasis y carrocería de camión”, sostuvo el año pasado el titular de la Unión Tranviarios Automotor de Rosario ante un medio periodístico. Y agregó: “Creo que el organismo de la mujer no está preparado para ciertas cosas, como por ejemplo para manejar un colectivo o un camión; eso no quiere decir que no lo hagan, pero no masivamente”. También, para argumentar su postura, recordó la experiencia de la empresa Victoria, que había contratado prácticamente casi todas mujeres: “Creo que no quedó ni una (...). No les dio resultado, esas mujeres después fueron quedando en el camino, por el tema del ausentismo, que es mayor en las mujeres por cuestiones de la maternidad y porque el organismo no está preparado para eso”, insistió (2).

La Corte de Justicia de Salta reconoció “la presencia de síntomas discriminatorios en la sociedad”, que habrían quedado en evidencia a partir de la ausencia de mujeres en la conducción de colectivos. En relación a esto, es necesario recordar que pesa sobre el Estado el deber convencional consistente en promover activamente la modificación de los patrones socioculturales sexistas, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y de cualquier práctica basada en funciones estereotipadas (artículo 5, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer).

Para indagar sobre las categorías teóricas y prácticas que surgen del caso y con la intención de una reformulación crítica de los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación en el acceso al trabajo por la condición de género, me propongo revisar las sentencias de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, Sala V de la ciudad de Salta, que hizo lugar al amparo; de la Corte de Justicia de Salta dictada en primer término; de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

(1) Según informó el gerente general de Saeta, “capacitarán a mujeres choferes de colectivo” (03/10/2019), *El Tribuno*. Recuperado de <https://www.eltribuno.com/salta/nota/2019-10-3-0-0-0-capacitaran-a-mujeres-choferes-de-colectivo>

(2) Recuperado de <https://www.infobae.com/sociedad/2019/05/15/la-polemica-frase-de-un-dirigente-de-la-uta-el-cuerpo-de-la-mujer-no-esta-preparado-para-manejar-un-colectivo/>

revocatoria de la anterior; y de la Corte de Justicia de Salta, emitida en segundo término con arreglo a lo resuelto por nuestro Máximo Tribunal.

II. El sistema de sexo/género y la división sexual del trabajo

Antes de analizar el caso y para introducirnos en lo que se denomina sistema de sexo/género, me parece valioso reconstruir la historia “en sentido contrario”. En líneas generales, por cada discurso o tratado sosteniendo una posición de exclusión, existió una (o)posición que defendió lo contrario. El problema, como decía Benjamin, es quién escribe la historia y qué discursos y relatos nos llegan. En concreto, “cepillar la historia a contrapelo” (Löwy, 2003, p. 85) nos permite comprenderla “desde el punto de vista de los vencidos” y visibilizar los límites de las teorías que han pasado el canon, para entender cómo se fueron construyendo las antinomias que colocan a las mujeres y otras identidades no hegemónicas en un lugar de subordinación.

Históricamente se ligó la vida de la mujer al ámbito privado y al trabajo reproductivo y la del hombre al ámbito público y al trabajo productivo. Con el tiempo, la mujer fue ganando lugar en el mercado laboral, pero sin participar de modo igualitario con los varones. El trabajo “invisible” no remunerado (quehaceres domésticos, apoyo escolar y cuidados), tanto en participación como en intensidad, tienen actualmente un claro predominio femenino(3). Esta situación tiene un anclaje en el sistema sexo/género y conduce a una división sexual del trabajo. El tema es descubrir y cuestionar el surgimiento comúnmente entendido de este sistema, mostrando una historia alternativa y construyendo genealogías. Construir genealogías nos sirve como plataforma de acción para una variedad de trabajos en nuestra Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, pero deconstruidas a la luz de estos desarrollos.

Preliminarmente y para entender el sistema, corresponde la enunciación de los términos en juego. De acuerdo al Estudio mundial sobre el papel de la mujer en el desarrollo, de 1999, el género se define como los significados sociales que se confieren a las diferencias biológicas entre los sexos. Es un producto ideológico y cultural, aunque también se reproduce en el ámbito de las prácticas físicas e influye en los resultados de tales prácticas. Afecta la distribución de los recursos, la riqueza, el trabajo, la adopción de decisiones y el poder político, y el disfrute de los derechos dentro de la familia y en la vida pública. Pese a las variantes que existen

(3) Según los resultados preliminares de la encuesta sobre trabajo no remunerativo y uso del tiempo del INDEC, del 3er trimestre del 2013, el 74,4% de la población de mujeres de 18 años y más de edad realiza trabajo doméstico no remunerado. Recuperado de https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/tnr_07_14.pdf

según las culturas y la época, las relaciones de género en todo el mundo entrañan una asimetría de poder entre el hombre y la mujer como característica profunda. Así pues, el género produce estratos sociales y, en ese sentido, se asemeja a otras fuentes de estratos como la raza, la clase, la etnicidad, la sexualidad y la edad. “Nos ayuda a comprender la estructura social de la identidad de las personas según su género y la estructura desigual del poder vinculada a la relación entre los sexos” (Estudio mundial sobre el papel de la mujer en el desarrollo, 1999).

Como dice Teresita De Barbieri (1993), “(...) los sistemas de sexo/género están formados por prácticas, símbolos, representaciones, normas y valores sociales que las sociedades elaboran a partir de la diferencia sexual anátomo-fisiológica y que dan sentido a la satisfacción de los impulsos sexuales, a la reproducción de la especie humana y, en general, al relacionamiento entre las personas” (p. 145).

Compartimos con Wainerman (4) que desde al menos el siglo XIX a los varones se les asignó la responsabilidad por la provisión económica y a las mujeres por el cuidado del hogar y de la prole, en consonancia con “las representaciones de la masculinidad (potencia, actividad, fortaleza inteligencia) y de la feminidad (suavidad, pasividad, debilidad, afectividad) compartidas en la sociedad” (Wainerman, 2003, p. 2). Las asignaciones culturales crean roles en la familia, concebida como una organización “natural” de la vida colectiva, antes que como un producto cambiante de la acción social. “La naturalización no sólo afecta a la estructura formal de la familia, también a su organización interna, basada en la división sexual del trabajo” (Durham, 1991, p. 40).

Siguiendo a Durán (2000):

Las mujeres han desempeñado tradicionalmente tres funciones básicas para la supervivencia de su propia sociedad: 1. Gestación de nuevas vidas; 2. Prestación directa de todos los servicios básicos al conjunto de la población a través de los hogares (alimentación, cuidado de la salud, vestido, atención de viviendas, socialización inicial, etc.; 3. Cohesión afectiva y expresiva (Durán, 2000, p. 1).

Esta distribución de roles se perpetuó a lo largo de la historia impactando en la situación económica de ambos sexos. La distribución desigual se explica en función del sistema sexo/ género, donde las mujeres o personas feminizadas dedican

(4) Wainerman realizó en 1996, una serie de entrevistas de las que destacó dos cuestiones: la primera, que las tareas domésticas continuaban al momento del estudio fuertemente segregadas por género. La segunda, que, si bien los hombres trabajaban más horas fuera de la casa en relación a las mujeres —y esa desigual disponibilidad del tiempo funcionaba justificando la desigual división de tareas del hogar—, ni estas ni aquellos cuestionaban por qué ello era así, naturalizando el fenómeno.

casi el doble del tiempo que los varones a los trabajos “invisibles” (5). Esto se profundiza en el contexto actual de pandemia y confinamiento obligatorio (6).

II.2. El principio de igualdad ante la ley y el debate igualdad/diferencia(s)

El principio de igualdad ante la ley supone la aplicación efectiva a todos los seres humanos. Sin embargo, la humanidad refiere siempre a condiciones que hacen que determinados grupos sean reconocidos, en la práctica, como seres humanos y otros no (Costa, 2010, p. 249). Así, la igualdad ante la ley, supuesta en la ciudadanía moderna, se ha visto confrontada con la necesidad de dimensionar la complejidad del orden social que permite que la discriminación por sexo/género persista.

El discurso jurídico, como eje fundamental del campo del derecho y de los derechos humanos, “opera más allá de la pura normatividad, instalando, creencias, ficciones, y mitos. La mujer/mujeres incorporadas como sujetos de derecho lo son según los alcances de las formas en que el Derecho se dirige a ellas” (Costa, 2010, p. 249).

Sobre el punto, Olsen (1990) destaca:

Desde el surgimiento del pensamiento liberal clásico, y tal vez desde los tiempos de Platón, nuestro pensamiento se ha estructurado en torno de series complejas de dualismos o pares opuestos: racional/irracional, activo/pasivo, pensamiento/sentimiento, razón/emoción, cultura/naturaleza, poder/sensibilidad, objetivo/subjetivo, abstracto/concreto, universal/particular. Estos pares duales dividen las cosas en esferas contrastantes o polos opuestos. Tres características de este sistema de dualismos resultan importantes para la discusión que sigue. Primero, los dualismos están sexualizados. Una mitad de cada dualismo se considera masculina y la otra mitad, femenina. En cada par, el término identificado como “masculino” es privilegiado como superior, mientras que el otro es considerado como negativo, corrupto o inferior. Y tercero, el derecho se identifica con el lado “masculino” de los dualismos (p. 1).

(5) Pueden consultarse las estadísticas en https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/multimedia/maps-and-charts/enhanced/WCMS_721352/lang--es/index.htm

(6) Sobre estas desigualdades de género y COVID se puede consultar la entrevista del 2 de julio de 2020 a la Dra. Diana Maffía: <https://ar.radiocut.fm/audiocut/diana-maffia-filosofa-y-especialista-en-temas-genero-en-lopeor-ya-paso/>

Las primeras reclamaciones de derechos de las mujeres se iniciaron a fines del siglo XVIII, durante la Modernidad europea. Olympe de Gouges y Mary Wollstonecraft, entre otras, propusieron estrategias para alcanzar una igualdad que —reconocida en el plano formal— excluía de hecho a las mujeres al denegarles plena ciudadanía. La Declaración de Derechos de la Mujer y de la Ciudadana (1791) como la Vindicación de los Derechos de la Mujer (1792) insistían en la necesidad de garantizar derechos civiles para aquellos sectores de la humanidad excluidos, fundamentalmente las mujeres, pero también esclavos y habitantes de territorios colonizados (Bolla, 2018).

En el transcurso del siglo XX estas perspectivas van a experimentar cambios. En este período surgen diversas corrientes feministas que complejizan los marcos de las reivindicaciones feministas liberales. Estas nuevas corrientes, muchas de ellas de inspiración socialista y anarquista, comienzan a denunciar las bases económicas sobre las que se sustenta la desigualdad sexo/género.

Un antecedente relevante es Flora Tristán. Según Ana de Miguel (2005, p. 296), Tristán puede ser considerada una “pensadora bisagra”, una figura de transición entre el feminismo ilustrado y el feminismo socialista o de clase. En efecto, es una de las primeras teóricas en examinar la articulación de “sexo” y “clase”, proponiendo un enfoque que hoy denominaríamos interseccional. Influenciada por el socialismo utópico de Saint-Simon, escribió varias obras en favor de la igualdad de varones y mujeres. Tristán visibilizó las diferencias al interior de las clases sociales, al sostener que la mujer es la proletaria del proletario. Afirmó que “incluso se la puede llamar esclava, porque la mujer es, por así decirlo, propiedad del marido” (Tristán, 1843, p. 199). De este modo, mostró tempranamente que la categoría de “proletariado” invisibiliza las diferencias existentes en su interior. Su obra más conocida, *Unión obrera*, de 1843, es un llamamiento a la alianza de los obreros y obreras para defender los intereses de las clases populares, subrayando, con un lenguaje inclusivo, la necesidad de un trato igualitario entre varones y mujeres (Bolla, 2018). Apenas unos años después de su muerte, el surgimiento de la aparición de la teoría marxista impactó en la teoría y en la práctica feminista.

Años más tarde, Friedrich Engels en *El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*, de 1884, aborda el análisis materialista de la familia, desde su origen y su estructura económica como producto de determinadas relaciones de producción históricas. Siguiendo a Bolla (2018, p. 120), la explicación puede sintetizarse del siguiente modo: en los tiempos primitivos, no existía una relación de opresión entre los sexos, sino que ambos convivían de modo armónico. En línea con algunas teorías de la época, Engels adopta la hipótesis del matriarcado originario, según la cual habría existido un “derecho materno” anterior al orden patriarcal. Sin embargo, en algún momento remoto del pasado histórico, una

serie de mejoras “técnicas” habrían permitido obtener cierto excedente productivo. Surge entonces la propiedad privada, y junto con ella, sobreviene “la gran derrota histórica del sexo femenino” (Engels, 2017 [1884], p. 22). Siguiendo a De Miguel (2005, p. 331), para Engels la opresión de las mujeres es consecuencia directa del surgimiento de la propiedad privada. Los varones, queriendo conservar el excedente productivo e interesados en legárselo a sus herederos legítimos, habrían instituido el derecho paterno. En las sociedades primitivas predominaban los matrimonios por grupos y las uniones libres, por lo que era difícil establecer fehacientemente quién era el padre de un niño/a. Engels sostiene que la “familia monogámica patriarcal” se origina como un intento por garantizar la descendencia legítima. Las mujeres quedan sujetas al poder del *pater familia* y se convierten en “esposas” capaces de asegurar herederos —algo que también estudiará Pate-man (1995 [1988])—, a través del concepto de “contrato sexual”.

Como consecuencia, los trabajos de las mujeres quedan depreciados frente al nuevo trabajo productivo de los varones (Engels, 2017 [1884], p. 22). Se produce así la ruptura entre esfera productiva y esfera privada. Siguiendo a Bolla (2018), el aporte del autor consiste en afirmar que la opresión de las mujeres depende del hecho histórico del surgimiento de la propiedad privada y no de un acontecimiento natural ni biológico. Al indicar su surgimiento histórico, muestra que se trata de un hecho contingente, habilitando así las posibilidades de cambio.

Por su parte, Silvia Federici hilvana el proceso de “acumulación originaria” (7) del que hablara Marx y la violencia aplicada contra las mujeres para lograr su sometimiento, incluyendo la apropiación de sus cuerpos y saberes en *Calibán y la Bruja* (2010). La autora sitúa como centro de su análisis la acumulación primitiva provocada en las cacerías de brujas de los siglos XVI y XVII, destacando la ausencia de menciones en el análisis de Marx. Federici muestra que la reproducción de la mano de obra, lejos de ser un proceso natural, constituyó una preocupación central para el capitalismo y los Estados desde su surgimiento. Según Federici (2010, p. 11), en este momento histórico aparece una división sexual del trabajo específica del capitalismo: aquella entre trabajos productivos y reproductivos. Había que garantizar la mano de obra necesaria para el incipiente desarrollo industrial, en una Europa relativamente despoblada, asolada por las pestes y hambrunas.

Entonces, desde la constitución de los Estados modernos se han producido diversas consideraciones respecto del derecho y, en especial, del objeto y fundamentos de los derechos humanos. Los derechos humanos y sus antecesores —los

(7) La “acumulación originaria” es un término usado por Marx en el Tomo I de *El capital*, con el fin de caracterizar el proceso político en el que se sustenta el desarrollo de las relaciones capitalistas. Marx trata a la “acumulación originaria” como un proceso fundacional, lo que revela las condiciones estructurales que hicieron posible el capitalismo.

derechos del hombre y el ciudadano— surgen en la modernidad. Es inútil rastrear genealogías previas ya que llegan de la mano de la burguesía, del dominio de la naturaleza, de la esperanza en el progreso, del hombre racional y de la dominación y circulación del capital (Raffin, 2006). Es decir, su nacimiento cumplió una función de legitimación de nuevas formas de vida en el Estado moderno y de la configuración de un sujeto de derecho en tanto eje del mundo moderno. Sin embargo, al mismo tiempo, abrieron una doble vía revolucionaria, una segunda brecha de revolución que no había sido prevista por los que construyeron el mundo moderno: la que reclama los sueños no cumplidos de cada uno de sus miembros.

Como afirma Guerra Palmero (2010):

La igualdad de los “meramente hombres” pasó de ser un argumento de la naciente burguesía ilustrada contra los privilegios estamentales del antiguo régimen, a ser empuñada por todos aquellos y aquellas para los que no se había pensado en su origen: trabajadores, negros, mujeres, homosexuales, pueblos colonizados, etc. La ciudadanía y los derechos, así como la comunidad política se construyeron a partir de sus “afueras constitutivos” (p. 64).

Celia Amorós y Ana de Miguel Álvarez (2005) consideran que el ideal universalista del discurso de la ilustración constituyó una condición necesaria que les permitió a las feministas “irracionalizar” la exclusión de las mujeres. Exponentes como Poullain de la Barre a través de varias de sus obras y, en especial, en *La igualdad de los sexos*, de 1673, demuestra que el trato desigual que sufren las mujeres no tiene un fundamento natural, sino que procede de un prejuicio cultural.

La igualdad de derechos es, entonces, proclamada y reclamada por mujeres en el siglo de la ilustración. Olympe De Gouges, quien junto a otras mujeres luchó codo a codo con los hombres en la Revolución Francesa de 1789 y redactó la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana, sostuvo que hasta tanto no se produzcan cambios sustanciales en la manera en que las mujeres son concebidas, la promesa de igualdad seguirá su curso solo en el ámbito de los ideales abstractos. Antes de ser guillotinado por los propios revolucionarios hombres libres franceses, y a pesar de pertenecer al “sexo superior tanto en belleza como en coraje”, señala los límites del principio de igualdad (Bauger, 2019, p. 302).

Al analizar la evolución histórica de la relación entre igualdad y diferencia(s), Luigi Ferrajoli identifica cuatro modelos. Al primero, lo denomina el paradigma de la indiferencia jurídica de las diferencias. Según él, las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, no se protegen ni se violan. Simplemente se las ignora. Identifica este paradigma con el estado de naturaleza hobbesiano, que confía a las relaciones de fuerza la defensa —o la opresión— de

las diferencias. El segundo modelo es el de la diferenciación jurídica de las diferencias, que se expresa en la valorización de algunas de las diferencias y en la desvalorización de otras; jerarquización que supone la naturalización de un orden social con términos privilegiados y sujetados. El tercer modelo es el de la homologación jurídica de las diferencias. Las diferencias son en este caso también valorizadas y negadas, pero no porque ello resulte de una distinción basada en jerarquías, sino porque todas son neutralizadas en nombre de una abstracta o formal afirmación de igualdad. No cristaliza las diferencias en desigualdades como lo hace el paradigma anterior, sino que opera anulándolas. Es, en definitiva, el modelo de la asimilación propio de los ordenamientos liberales, que, sin poner en cuestión la parcialidad del sujeto universalizado, lo asume como término normal y normativo de la relación de igualdad, idóneo para referenciar la inclusión de las diferencias solo en cuanto resulten homologables con aquel. El cuarto modelo identificado por el jurista italiano es el de la igual valorización jurídica de las diferencias, pues asegura a todas su igual realización, no abandonándolas al libre juego del más fuerte, sino regulándolas a través de las leyes de los más débiles, que son los derechos fundamentales (Ferrajoli, 1999, p. 74).

II.3. El debate igualdad/diferencia(s) en relación al derecho de igualdad laboral

Aunque inicialmente nuestro ordenamiento jurídico se situó en el debate igualdad/ diferencia(s), en el tercer modelo identificado por Ferrajoli (1999), la formulación abstracta o formal de la igualdad del artículo 16 de la Constitución Nacional se enriqueció a partir de la reforma del 1994 con la incorporación de los instrumentos internacionales y regionales de protección de los derechos humanos (artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional). Estos tratados obligan al Estado no solo a asumir la existencia de diferencias, sino que reconocen que las mismas han sido históricamente traducidas en desigualdades, exclusión y marginación.

Así, nuestro país se ubica en el cuarto y último paradigma identificado por Ferrajoli: el modelo de la igual valorización jurídica de las diferencias, que exige al Estado un posicionamiento activo respecto de la discriminación, para prevenirla, investigarla, repararla y erradicarla. A su vez, supone un concepto de discriminación que prescinde de la intención o *animus* discriminatorio, pues la discriminación también se produce cuando un comportamiento u omisión —aún sin albergar intenciones— tiene por efecto la discriminación.

Siguiendo a Bolla (2018), en el siglo XIX —coincidiendo con la primera ola del feminismo— las luchas por los derechos civiles y políticos y algunos derechos sociales, como la educación, no basta para dar cuenta de otros aspectos de la subordinación de las mujeres. El derecho al trabajo va a emerger como un sitio clave

donde pueden hallarse tanto las causas de la opresión como las posibles respuestas para erradicar una situación percibida como injusta.

Las primeras feministas reclamaban el derecho de las mujeres a tener un empleo y denunciaban las desigualdades laborales y salariales entre los sexos. El tema recurrente fue el de la igualdad ante las leyes de mujeres y hombres. Las autoras argentinas Carolina Muzzilli y Alfonsina Storni (8), Julieta Lanteri, Virginia Bolten, entre otras, son determinantes: es imposible cambiar la situación de las mujeres si no se empieza por la igualdad legal.

Siguiendo a Nari (2000), las mujeres reclaman la igualdad en el disfrute de los derechos de propiedad, igualdad y libertad; esta última en sentido amplio: libertad para la educación y el trabajo, libertad de pensamiento y libertad para tomar decisiones sobre la propia vida. Uno de los derechos que se plantea con más fuerza es el derecho al empleo, como forma de conseguir la independencia económica de las mujeres y la igualdad en el interior del matrimonio.

Según Carrasco (2006), al discutir el monopolio masculino sobre el empleo se estaba desafiando el poder patriarcal —aunque el concepto de patriarcado aparecerá tiempo después(9)— y la moral de la época, que establecía la dependencia económica de las mujeres en el padre o el marido. “Aunque existía una doble moral (...) se sostenía que era perjudicial para las mujeres trabajar a cambio de dinero y sólo debían hacerlo en la casa o en actividades caritativas; pero simultáneamente se aceptaba que las mujeres de clases bajas tuviesen un empleo, además, mal remunerado” (Carrasco, 2006, p. 8).

En cuanto al trabajo asalariado, no solo ni principalmente incluía la docencia y algunas profesiones liberales. Por el contrario, el corazón de su problematización hacia fines del siglo XIX y principios del siglo XX estaba en otros trabajos. Hasta ese momento la mayoría de las mujeres había trabajado en y fuera de la casa, para el consumo doméstico y para el mercado. Los trabajos estaban diferenciados por una división sexual social de tareas, que para el caso de las mujeres eran considerados “naturales” como tener hijos. Las profundas transformaciones sociales y económicas del siglo XIX reformularon la división del trabajo, las formas y las unidades de producción. “Las unidades domésticas familiares perdieron su lugar

(8) Carolina Muzzilli realizó en 1913 un informe sobre el trabajo femenino recurriendo a estadísticas oficiales. Alfonsina Storni, que contaba con experiencia laboral con el pasaje por ocupaciones fabriles, administrativas y docentes, publicó en *La Nación* en 1919 un estudio sobre el trabajo de las mujeres en Capital Federal.

(9) El concepto aparece durante la segunda ola feminista. En *Política sexual*, Kate Millet (1969) afirma que “lo personal es político”, cuestionando la separación entre lo público y lo privado, entendiendo que todo aquello que pasaba con respecto a la construcción del “ser mujer” es producto de una estructura mayor: el patriarcado.

en el mercado y el trabajo doméstico quedó invisibilizado entre la naturaleza y el amor de las mujeres” (Nari, 2000, p. 200).

Bajo los principios de la división sexual del trabajo (Hartmann, 1994 [1976]), la identidad femenina había sido socialmente definida por la condición biológica de la maternidad, por lo tanto, una madre no podía ser una trabajadora, y si una mujer asumía tareas asalariadas, no se desligaba de sus tareas domésticas y maternas, y debía justificar semejante decisión.

Siguiendo a Queirolo (2019) “(...) los salarios femeninos fueron un “complemento”, una “ayuda” de los salarios masculinos, y, por lo tanto, fueron más bajos. Se trató de un mecanismo que pretendía desalentar la permanencia de las mujeres en el mercado. Sin embargo, las mujeres que trabajaban no dejaron de ingresar al mercado, incluso bajo el paradigma de la excepcionalidad” (2019, p. 12).

La desigualdad salarial se veía como otro efecto del patriarcado: además de que los hombres controlaban los empleos mejor pagados, recibían un “salario familiar”, en el sentido de que sus salarios más elevados los hacía los principales proveedores de dinero del hogar, lo cual reforzaba su estatus dominante en la familia (Carrasco, 2006, p. 35).

Según la conceptualización de Carrasco (2006), se trató de una noción androcéntrica del trabajo, que desconocía el protagonismo femenino en tareas tanto productivas como reproductivas. Asimismo, tales interpretaciones impulsaron de manera implícita una definición de trabajo centrada en las actividades productivas creadoras de empleos remunerados, cuyo más acabado ejemplo lo constituyeron las ocupaciones industriales desempeñadas por varones. De esta manera, desestimaron otras labores atravesadas por retribuciones monetarias en las que se destacaba la presencia femenina, como la extensa lista de actividades que integraron el servicio doméstico e incluso el trabajo sexual (Allemandi, 2017).

Ya entrado este siglo, el feminismo materialista aporta categorías centrales para el análisis de los trabajos de las mujeres. Femenías y Bolla (2019) analizan la categoría *sexage* desarrollada por Colette Guillaumin, que consiste en que las mujeres no solo “venden” su fuerza de trabajo en el mercado, sino que además ingresan en una relación económica específica que denomina “apropiación”; considera que esta define “la naturaleza específica de la opresión de las mujeres” (Guillaumin, 2005 [1978]). La apropiación, a diferencia de la venta de fuerza de trabajo en el mercado, es una actividad de tiempo completo y continuo. Abarca los cuerpos de las mujeres, sus tiempos y sus trabajos, sus proyectos de vida y su individualidad, ya que se las educa, como sostiene Simone de Beauvoir (1949), como “seres-para-otro”. El *sexage* comprende el trabajo doméstico que asegura la reproducción de la mano de obra, el cuidado de otras personas, la alimentación, la vestimenta, etc.

Por el hecho de ser impago y por su duración indeterminada, Guillaumin considera que el *sexage* se parece más a una relación de tipo esclavista o feudal que a las relaciones económicas propias del capitalismo.

II.4. La acción de amparo

Las pretensiones de la acción de amparo que vamos a analizar se sustentan en un derecho de incidencia colectiva: el derecho a la igualdad sin discriminación por razón del sexo. Este es un principio transversal en el derecho internacional de los derechos humanos. Está presente en todos los tratados de derechos humanos y constituye el tema central de la Convención Internacional Sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer. El principio se aplica a toda persona en relación con todos los derechos humanos y las libertades, y prohíbe la discriminación sobre la base de una lista no exhaustiva de categorías tales como el sexo, raza, color y otras. Tal principio se complementa con el de igualdad, como lo estipula el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Mirtha Graciela Sisnero y la Fundación Entre Mujeres presentaron una acción de amparo colectivo contra la Sociedad Anónima del Estado del Transporte Automotor, la Autoridad Metropolitana de Transporte y las siete empresas operadoras de los ocho corredores del transporte público urbano de pasajeros en la ciudad de Salta. Interpusieron dos pretensiones, una de carácter individual y otra de carácter colectivo. En relación con la pretensión individual, alegaron la violación del derecho a la igualdad y a la no discriminación en razón del género a raíz de la imposibilidad de la señora Sisnero de acceder a un puesto de trabajo como chofer en las empresas demandadas, pese a haber cumplido con todos los requisitos de idoneidad requeridos para dicho puesto. En relación con la pretensión colectiva, fundaron la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación en la falta de contratación de choferes mujeres en el transporte público de pasajeros por parte de las empresas operadoras. A partir de ello solicitaron: 1) el cese de la discriminación por razones de género, 2) la incorporación de Mirtha Sisnero como chofer de colectivo y 3) el establecimiento de un cupo de puestos para ser cubiertos exclusivamente por mujeres, hasta que la distribución total refleje una equitativa integración de los géneros en el plantel de choferes de las empresas operadoras.

II.5. El derrotero judicial

El amparo fue declarado procedente. La Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, Sala V de Salta, tuvo por comprobada la discriminación al no desempeñarse

como personal de conducción ninguna mujer en las empresas de transporte demandadas. Con cita en numerosa jurisprudencia y doctrina y estimando que la conducta de las demandadas era similar a la del precedente “Fundación Mujeres en Igualdad c/Freddo”, hizo lugar a la demanda respecto de ambas pretensiones y ordenó el cese de la discriminación por razón del género. Resolvió que las empresas demandadas debían contratar personal femenino hasta alcanzar un treinta por ciento de la planta de choferes existentes. Dispuso también que solo en el caso que no hubiera aspirantes mujeres inscriptas, podrían las empresas —previa constancia de la Autoridad Metropolitana de Transporte— incorporar a otros conductores de ómnibus. Para el caso de que alguna de las empresas violara lo dispuesto, debería abonarle a la primera mujer de la lista un salario idéntico al del chofer de mejor remuneración.

Las empresas recurrieron y la Corte de Justicia salteña dictó sentencia el 8 de julio de 2010. Si bien identificó “síntomas discriminatorios en la sociedad” y observó que “basta detenerse en cualquier parada de colectivos para relevar la nula presencia de mujeres conduciendo estos móviles”, revocó la sentencia por considerar que “no se configuró el presupuesto para que prospere el pedido de una orden de cese de discriminación”. Sostuvo que la señora Sisnero debió acreditar que contaba con la idoneidad requerida para cubrir el puesto laboral pretendido y que, en igualdad de condiciones, las empresas demandadas habían preferido a otro postulante por el mero hecho de ser hombre. Agregó que la mera omisión de responder a las reiteradas solicitudes de trabajo de Sisnero era insuficiente para tener por configurado un supuesto de discriminación, porque las empresas no tenían ningún deber constitucional de responderle. Sin perjuicio de esto, intimó a las demandadas a presentar ante la Autoridad Metropolitana de Transporte los requisitos exigidos para la contratación de choferes, y exhortó al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo provincial a emitir las normas necesarias para modificar los patrones socioculturales de discriminación.

Contra esa sentencia interpusieron un recurso extraordinario federal Mirtha Sisnero y la Fundación entre Mujeres. Argumentaron que la sentencia recurrida contrariaba el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el acceso al trabajo y que era arbitraria por no contemplar prueba aportada por las actoras. La Corte de Justicia de Salta denegó el recurso extraordinario, lo que motivó el recurso de queja.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (10) declaró admisible el recurso y reiteró lo antes sostenido en otros precedentes: los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación resultan elementos estructurales del orden jurídico constitucional argentino e internacional. Reafirmó que, desde mediados del siglo pasado:

(10) CSJN, Fallos 337: 611, 20/05/2014, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo”.

Nada hay en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita afirmar que la protección de los llamados ‘derechos humanos’ (...) esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad *lato sensu* carezca de la protección constitucional adecuada (...) por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos (conforme la doctrina del caso ‘Kot, Samuel’, Fallos 241: 291).

Nuestro máximo Tribunal citó la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva 18/03, párrafo 140, donde se señaló que de la obligación positiva de los Estados de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares.

Cita el precedente “Pellicori” (Fallos 334: 1387) y destaca que la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que la misma sea una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor, y “la información y los archivos que podrían servir de elementos de prueba están, la mayor parte de las veces, en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación”. Para compensar estas dificultades, el tribunal ha elaborado un estándar probatorio según el cual, para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente con “la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación” (conforme considerando 11 de “Pellicori”). La Corte sintetiza el estándar probatorio: si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia. Este principio de reparto de la carga de la prueba es tomado de un antecedente de la jurisprudencia norteamericana, el caso “Mc Donnell Douglas Corp. vs. Green” (fallo del año 1973, publicado en 411 US 792) (11).

(11) Es un caso de derecho laboral resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos con respecto a las cargas y la naturaleza de la prueba cuando se produce discriminación. Después del fallo, se modificó la Ley de derechos civiles de 1991, que prohíbe la discriminación laboral por motivos de raza, color, religión, sexo u origen nacional.

La Corte afirmó que las dogmáticas explicaciones esbozadas por las empresas resultan inadmisibles para destruir la presunción de que han incurrido en conductas y prácticas discriminatorias. La presencia de “síntomas discriminatorios en la sociedad”, que explican la ausencia de mujeres en un empleo como el de chofer de colectivos, es reconocido por la sentencia de la Corte salteña y corroborada con las manifestaciones de uno de los empresarios demandados ante un medio periodístico, quien señaló sin ambages y “entre risas”: “esto es Salta turística, y las mujeres deberían demostrar sus artes culinarias (...). Esas manos son para acariciar, no para estar llenas de callos (...). Se debe ordenar el tránsito de la ciudad, y (...) no es tiempo de que una mujer maneje colectivos (...)”.

Nuestro máximo Tribunal concluye que la sentencia de la Corte salteña recurrida no había respetado los criterios establecidos en materia de cargas probatorias para los casos de discriminación. Por ello, y lo concordantemente con lo dictaminado por la Procuradora General, hace lugar a la queja, declara procedente el recurso extraordinario y deja sin efecto la sentencia impugnada.

Con fecha 14 de mayo de 2015, la Corte salteña dictó un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto por la Corte federal. Confirmó parcialmente la sentencia dictada anteriormente que ordenaba el cese de la discriminación por razones de género, haciendo lugar a la procedencia del amparo colectivo y modificó la forma de cumplimiento en ella dispuesta, mediante medidas de acción positiva establecidas en el considerando 18 del voto mayoritario. Con cita en “Lavado” (Fallos 330: 111) y “Mignone” (M. 1486. XXXVI. REX), justificó dichas medidas como una modalidad concreta de evitar que el reconocimiento de derechos resulte una mera declamación, puesto que “reconocer un derecho para negarle un remedio apropiado equivale a desconocerlo”. En relación al alcance de las decisiones judiciales, afirmó —citando a Lorenzetti (2010, p. 237)—, “(...) que dentro del respeto a la división de funciones del gobierno, se ha dicho que el Poder Judicial debe tener una fortaleza suficiente como para dar una respuesta adecuada y procurar que esa respuesta se traduzca en hechos (...)” y “(...) que el activismo judicial en casos puntuales y excepcionales de interés público es siempre un grado de avance en la consolidación del estado de derecho” (p. 241).

Sobre esos parámetros, estableció un programa tendiente a revertir la situación de discriminación. Según el tribunal, este programa de carácter provisorio se aplicará hasta la implementación de medidas equivalentes o superadoras por las autoridades encargadas de reglamentar la actividad: 1) Dentro del plazo de quince días hábiles de la notificación y bajo apercibimiento de astreintes, las empresas de transporte deberían presentar por nota ante la Autoridad Metropolitana de Transporte un listado con los requisitos técnicos, psicofísicos y de pruebas de conducción exigidos para la admisión de postulantes a integrar sus respectivos

planteles de choferes. Las modalidades de evaluación deberían asegurar igualdad de oportunidades de empleo y un único criterio de selección excluyente de toda forma de discriminación. 2) Toda mujer que desee ser contratada y que cumpla con los requisitos vigentes para postularse, debería inscribir su solicitud en un registro público confeccionado y actualizado por la Autoridad Metropolitana de Transporte. 3) Para contratar choferes, las empresas deberían remitirse al listado de postulantes e incorporar dos mujeres por cada hombre, comenzando por mujeres, hasta alcanzar cada una de las empresas, como mínimo, un 30% de mujeres en la composición de su planta de conductores. 4) La elección de mujeres por parte de las empresas —una vez evaluada la postulación de la señora Sisnero— podría recaer en cualquiera de las postulantes sin que sea necesario observar el orden de antigüedad en la inscripción y bajo iguales parámetros de idoneidad. 5) El porcentaje establecido y la modalidad de incorporación prioritaria de mujeres no podrían ser omitidos, salvo en caso de no existir mujeres inscriptas en el registro de postulantes. En tales circunstancias, la empresa que decidiera la contratación de un chofer hombre debería obtener previamente de la Autoridad Metropolitana de Transporte la respectiva constancia. 6) La empresa que viole lo resuelto en el fallo debería abonar un monto mensual idéntico al sueldo del chofer de mejor remuneración a la mujer que estuviera en el primer lugar del listado de postulantes, hasta tanto no sea contratada ella u otra de las que integran la lista. 7) La Autoridad Metropolitana de Transporte, dentro de los treinta días hábiles de notificada la sentencia y bajo apercibimiento de astreintes, debería poner en vigencia un programa de capacitación y sensibilización en la temática de género, que instituya acciones permanentes que desarrollarán las empresas para la promoción de condiciones de efectiva igualdad de oportunidades laborales, sin discriminación de ninguna clase, que comprenda capacitación continua en materia de trato digno y respetuoso en el ámbito laboral entre compañeros y compañeras de trabajo y para con los pasajeros y el público en general. 8) El juez del amparo sería el encargado de controlar, periódicamente, el cumplimiento del fallo, con amplias facultades, inclusive para la determinación de astreintes.

Finalmente, la sentencia insta a los Poderes Legislativo y Ejecutivo a poner en vigencia normas expresas de aplicación para garantizar reales condiciones de igualdad de acceso a puestos de conductores de unidades de transporte público de pasajeros y excluir toda conducta discriminatoria.

II.6. Análisis de las sentencias del caso

Como adelantáramos en la introducción, el caso nos acerca al análisis de categorías teóricas y prácticas que nos permiten una reformulación crítica del derecho a la igualdad y a la no discriminación de las mujeres en el ámbito de la selección de personal para ocupar puestos de trabajo. A su vez, se debate qué obligaciones

generan esos derechos en las empresas demandadas —que agotan el mercado correspondiente al servicio de transporte público de pasajeros en la ciudad de Salta—, en el contexto de un mercado laboral segregado en perjuicio de las mujeres.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la OC 18/03 (12), párr. 88, estableció que: “El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias”.

En la misma opinión consultiva, párrafo 89, se sostuvo que: “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana” y para decidir si una diferencia de trato es ilegítima corresponde analizar su razonabilidad. Pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran (13).

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en “Partido Nuevo Triunfo” (Fallos 332:433, considerando 5º), sostuvo:

(...) que se debe tener particularmente presente que el derecho genérico de las personas a ser tratadas de modo igual por la ley no implica una equiparación rígida entre ellas, sino que impone un principio genérico de igualdad ante la ley de todos los habitantes que no impide la existencia de diferenciaciones legítimas. La igualdad establecida en la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros.

Dicho de otro modo, las clasificaciones introducidas por la ley, a la luz del artículo 16 de la Constitución Nacional y de su interpretación por la jurisprudencia de la Corte, tienen una presunción favorable que debe ser derrotada por quien la ataque. Lo que hay que determinar es si la distinción persigue fines legítimos y si

(12) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, en relación a la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>

(13) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/02, Condición jurídica y derechos humanos del niño, párr. 46. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

esa distinción es un medio adecuado para alcanzar esos fines (conforme a lo resuelto en “Vizzoti”, Fallos 327:3677, considerando 12º).

II.7. Las diferencias de trato basadas en categorías sospechosas y la inversión de la carga de la prueba

Las sentencias de la Corte Federal y de la Corte salteña, dictada en segundo término, abordan el problema de las categorías sospechosas. Cuando las diferencias de trato están basadas en condiciones “específicamente prohibidas” o “sospechosas” —como el género, la identidad racial, la pertenencia religiosa, o el origen social o nacional— corresponde aplicar un examen más riguroso, que parte de una presunción de invalidez (conforme Fallos 327: 5118 (14); 329: 2986 (15); 331: 1715 (16); 332: 433 (17)).

Las reglas de la interpretación judicial basadas en estas categorías tienen su origen en el derecho comparado a partir de lo resuelto por la Corte de los Estados Unidos en las causas “United States *vs.* Carolene Products Co.” 304 U.S. 144, del 25 de abril de 1938; “Toyosaburo Korematsu *vs.* United States” 323 U.S. 214, del 18 de diciembre de 1944 (18); y otros. Siguiendo a Buteler (2015, p. 34), en estos precedentes se sentó un principio que posteriormente fue utilizado en numerosas ocasiones, según el cual todas las restricciones legales que limitan los derechos civiles de un determinado grupo racial son inmediatamente sospechosas. A partir de ello se ha dicho que existen elementos que poseen una fuerte presunción de discriminación arbitraria y que, por ello, deben ser consideradas sospechosas. En estos casos se invierte la carga de la argumentación y es el demandado el que tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin legítimo, conforme a la doctrina de “Partido Nuevo Triunfo” (Fallos 332: 433).

Nuestro ordenamiento jurídico prohíbe expresamente la utilización de criterios clasificatorios fundados en motivos de “raza, color, sexo, idioma, religión,

(14) CSJN, 16/11/ 2004, “Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”.

(15) CSJN, 08/08/2006, “Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo”.

(16) CSJN, 12/08/2008, “Mantecón Valdés, Julio c. Estado Nacional - Poder Judicial de la Nación - Corte Suprema de Justicia de la Nación”.

(17) CSJN, 17/03/2009, “Partido Nuevo Triunfo s/ reconocimiento - Distrito Capital Federal”.

(18) En la causa “Toyosaburo Korematsu *vs.* United States” de 1944 se discutió la validez constitucional de un decreto del Poder Ejecutivo, dictado luego del ataque japonés a Pearl Harbor, que prohibía a las personas de Japón —fueran o no ciudadanos estadounidenses— residir en la costa oeste del país norteamericano.

opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Por ende, la interdicción de la discriminación en cualquiera de sus formas y la exigencia internacional de realizar por parte de los Estados acciones positivas tendientes a evitar dicha discriminación deben reflejarse en su legislación, de lo cual es un ejemplo la ley 23.592 que penaliza actos discriminatorios. Por lo tanto, el trato desigual será declarado ilegítimo siempre y cuando quien defiende su validez no consiga demostrar que responde a fines sustanciales —antes que meramente convenientes— y que se trata del medio menos restrictivo y no solo uno de los medios posibles para alcanzar dicha finalidad (conforme a “Partido Nuevo Triunfo”, Fallos 332: 433).

II.8. El género como categoría sospechosa

La doctrina de las categorías sospechosas tiene como objetivo revertir la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos socialmente desaventajados como consecuencia del tratamiento hostil que históricamente han recibido y de los estereotipos discriminatorios a los que se los asocia aun en la actualidad. Desde este punto de vista, el género constituye una categoría sospechosa y la discriminación en razón del género está prohibida en la Constitución Nacional y en los tratados con jerarquía constitucional (19).

El preámbulo de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer, más conocida como Convención de Belém Do Pará, ilustra claramente las relaciones de poder entre hombres y mujeres. Afirma que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades. Manifiesta preocupación porque la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. Recuerda que la violencia contra la mujer trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión. Finalmente, refuerza el convencimiento de que la eliminación de la violencia contra la mujer es condición

(19) Así los artículos 37 y 75, incisos 22 y 23 de la Constitución Nacional; 1 y 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 2.1, 2.2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2.1, 2.2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales; II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y en especial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida.

Por su parte, en el artículo 11 de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer se consagra el deber de los Estados de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, en particular: a) el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano; b) el derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo; c) el derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico; d) el derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo; e) el derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas; f) el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.

A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados tomarán medidas adecuadas para: a) prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; b) implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales; c) alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños; d) prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

En igual sentido se instituye el Convenio 111 de la OIT (20), relativo a la discriminación en materia de empleo. El artículo 1 define el término discriminación como: "(...) (a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de

(20) Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (Entrada en vigor, 15 de junio de 1960). Adopción: Ginebra, 42ª reunión CIT (25 de junio de 1958). Ratificado por Argentina, 18 de junio de 1968.

raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; (b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación (...)" (21).

II.9. La teoría de la *Drittwirkung*

Los fallos en análisis aplican lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 18/03, párrafo 140, donde consagró la teoría de la *Drittwirkung*, según la cual "los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares". Esta doctrina ha sido sostenida por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA" (Fallos 333: 2306) (22). En el mismo sentido y desde su antigua jurisprudencia en "Kot" (Fallos 241: 291, considerando 3) (23).

De tal forma, y como sostiene Anzures Gurría (2010), se consagra la eficacia horizontal de los derechos fundamentales a partir de la expansión de estos derechos a las relaciones privadas. En efecto, la obligación de respetar, proteger y garantizar el derecho humano a la igualdad y a la no discriminación recae sobre todos los poderes del Estado, pero también sobre los particulares. Y se extiende tanto respecto de aquellos casos en que la situación discriminatoria es el resultado de las acciones y omisiones (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 18/03, párrafo 104).

II.10. El estereotipo discriminatorio de género para ser colectivera de ómnibus

La recomendación general N° 25 (24) del Comité de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer determina el

(21) A los efectos de este Convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.

(22) CSJN, 07/12/2010, "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo".

(23) CSJN, 05/09/1958, "Kot, Samuel".

(24) En su 20° período de sesiones, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer elaboró una recomendación general sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención. Esta recomendación general complementaría otras previas, incluidas la recomendación general N° 5 sobre medidas especiales de carácter temporal, la N° 8 sobre la aplicación del artículo 8 de la Convención y

alcance y el significado del párrafo 1 del artículo 4.. Así, las medidas especiales de carácter temporal que tienen que realizar los Estados se encaminan a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer, y no se considerará discriminación en la forma definida en la Convención, pero de ningún modo entrañará el mantenimiento de normas desiguales o separadas; “estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”.

Una lectura conjunta de los artículos 1 a 5 y 24 indica que hay tres obligaciones que son fundamentales en la labor de los Estados de eliminar la discriminación contra la mujer. En primer lugar, los Estados tienen la obligación de garantizar que no haya discriminación directa ni indirecta (25) contra la mujer en las leyes y que, en el ámbito público y el privado, la mujer esté protegida contra la discriminación —que puedan cometer las autoridades públicas, los jueces, las organizaciones, las empresas o los particulares— por tribunales competentes y por la existencia de sanciones y otras formas de reparación. La segunda obligación consiste en mejorar la situación de facto de la mujer adoptando políticas y programas concretos y eficaces. En tercer lugar, los Estados están obligados a hacer frente a las relaciones prevalecientes entre los géneros.

II.11. La dimensión colectiva y las medidas de acción positiva

La formulación del caso como amparo colectivo con arreglo al caso “Halabi” (Fallos 332:111) (26) se sustentó en la existencia de una causa común de afectación de derechos de incidencia colectiva, donde la discriminación sufrida por su condición de mujeres exhibe la configuración de derechos individuales homogéneos. Se explica que no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles mediante un hecho único o continuado, resultando identificable una causa fáctica homogénea; estas circunstancias, más la existencia de una pluralidad relevante de individuos que pueden esgrimir personalmente el mismo interés, llevan a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la sentencia que en él se dicte, en relación a la clase o grupo representado en la acción.

la N° 23 sobre la mujer y la vida pública, así como informes de los Estados Partes y las observaciones finales formuladas por el Comité en relación con esos informes.

(25) La discriminación indirecta se traduce cuando las leyes, las políticas y los programas se basan en criterios aparentemente “neutros” desde el punto de vista del género pero que, de hecho, repercuten negativamente en la mujer. Estas políticas y programas “neutros” perpetúan las consecuencias de la discriminación pasada, ya que se elaboran tomando como ejemplo estilos de vida masculinos. De tal forma, se invisibilizan aspectos de la vida de la mujer que pueden diferir de los del hombre.

(26) CSJN, 24/02/2009, “Halabi, Ernesto c/ PEN ley 25.873 y decreto 1563/04 s/ amparo”.

En su faz colectiva, el derecho a la igualdad exige que el mercado laboral cuestionado sea modificado en la dirección de la igualdad. Es por eso que la decisión del Tribunal salteño ordenó la adopción de medidas de acción positiva para contrarrestar la segregación por género y revertir los patrones socioculturales que la explican. La Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer prevé este tipo de medidas en su artículo 4. El Comité respectivo ha destacado que dichas medidas tienen como finalidad acelerar la participación en condiciones de igualdad de la mujer en el ámbito político, económico, social, cultural y civil. En pos de ese objetivo, las medidas pueden consistir en programas de divulgación o apoyo, reasignación de recursos, trato preferencial, determinación de metas en materia de contratación y promoción y sistemas de cuotas (Recomendación General 25, párrafo 22). En concreto, el Comité ha recomendado a los Estados que deben hacer mayor uso de medidas especiales de carácter temporal en materia de empleo tendientes a lograr la igualdad (Recomendación general 5 y 25, párr. 18).

Asimismo, en sus Observaciones Finales para la Argentina del 25 de noviembre de 2016, expresó su preocupación por observar “la persistente desigualdad salarial por razón de género, especialmente en el sector privado”, “el acceso limitado a oportunidades de empleo”, “el limitado acceso de las mujeres a puestos de toma de decisión en empresas privadas”, y “la falta de medidas para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral” (párrafo 30).

Siguiendo la doctrina de la Corte Suprema en “F, A. L.” (Fallos 335: 197) (27), la Corte salteña ordenó instar a que los poderes ejecutivo y legislativo de la provincia adopten medidas dirigidas para revertir la discriminación por género. Entre dichas medidas cabe destacar programas específicos desarrollados al efecto, campañas de información y capacitación laboral, la confección de listados y/o registros de mujeres en condiciones de desempeñarse como chofer, así como la puesta en práctica de acciones articuladas con las empresas prestadoras del servicio.

Cabe resaltar la tensión que se presenta en el fallo a partir de la adopción de medidas de acción positiva y que se ha denominado “activismo judicial”, por el cual ciertas sentencias han sido criticadas en razón de estimar que exceden la esfera de facultades del poder judicial y se inmiscuyen en competencias correspondientes a los otros poderes del Estado, situación que tuvo resonancia en el fallo “Mendoza” (Fallos 329: 2316) (28). Siguiendo a Pautassi (2007, p. 23), si bien a los jueces no les compete participar en el diseño de las políticas públicas, deberían adecuar el diseño de estas con los estándares jurídicos aplicables y —en caso de

(27) CSJN, 13/03/2012, “F, A. L. s/ medida autosatisfactiva”.

(28) CSJN, M.1569.XL, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)”, 08/07/2008.

hallar divergencias— reenviar la cuestión a los poderes pertinentes, para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia.

En definitiva, fue parte del comportamiento adoptado en el fallo, no sin antes tomar la sabia medida de que, provisoriamente y hasta tanto los otros poderes tomen las acciones pertinentes, la cuestión se resuelva del modo indicado por el poder judicial a los efectos de no dejar margen para la violación de derechos. En este sentido, podemos afirmar que, si los otros poderes hubieran obrado de modo oportuno y eficaz tomando las medidas, programas, leyes y control efectivo, el caso no hubiera llegado a la instancia judicial, que sería el último eslabón de una cadena de violaciones sistemáticas de derechos humanos.

III. Conclusiones

Desde el momento mismo en que se establecen las formas modernas del derecho se comienzan a debatir los elementos centrales del entramado jurídico en su relación con las mujeres y otras identidades, como la igualdad, la ciudadanía y los derechos. Siguiendo a Raffin (2006), el status históricamente determinado de sujeto de derecho —hombre, mayor, blanco, occidental, heterosexual y propietario— que se esconde dentro del neutro universal de individuo abstracto ha sido cuestionado, siendo, por tanto, modificable. Sin embargo, el reconocimiento de derechos a sujetos diversos, y en especial a las mujeres, es todavía dificultoso en la práctica y la lucha de las mujeres por la igualdad laboral originada en el siglo XIX continúa en el presente siglo.

La diferenciación de los trabajos para el mercado y los trabajos de reproducción de la fuerza de trabajo; los trabajos asalariados y no asalariados, reconocidos e invisibles, realizados por dos sujetos diferentes, varones y mujeres, respectivamente, comienzan a organizarse a partir de la Modernidad. Como sostiene Pateman (1995 [1988]) se establece un contrato sexual como condición previa al contrato social de Rousseau, que implica la sujeción de las mujeres al contrato matrimonial y la exclusión de la esfera pública, la única que será plenamente reconocida como productiva y creadora de valores (Bolla, 2018). Se produce entonces una división de esferas, originando los pares: público/masculino y doméstico/femenino, que se condice con una división de roles dentro de la familia (Wainerman, 2003, p. 200) (INADI, 2016).

En el vaivén judicial atravesado por Mirtha Sisnero y las mujeres que la acompañaron, observamos cómo el sistema sexo/género las excluye del espacio público y del mercado de trabajo. Perdura la idea de la división sexual del trabajo. “Esto es Salta turística y las mujeres deberían demostrar sus artes culinarias (...). Esas manos son para acariciar, no para estar llenas de callos”, dijo el titular de la empresa

Ale Hnos. S.R.L, sin más reparos.. Estas frases dejan entrever el contexto socio cultural estereotipado que, apelando a una concepción biologicista de un orden natural superior e incuestionable, vinculan a la mujer con determinadas cualidades que la inferiorizan, a su vez que refuerzan su papel como fuerza reproductiva. Esa “cuestión de la maternidad”, entendida como algo que es propio y exclusivo de las mujeres, es la representación más acabada de cómo este orden social y simbólico produce la asociación y refuerza los binomios mujer/madre y madre/hijo, y relega a la misma al ámbito de lo doméstico, del hogar, entendido como espacio privado, por oposición a lo público, desmonetizando todo lo que ocurre en su interior. El trabajo doméstico y las tareas de cuidado para la subsistencia de la vida humana son excluidas de la definición tradicional de economía y, por ello, carente de valor tanto económico como simbólico.

Mirta Sisnero quería manejar un colectivo porque el salario era mucho más alto que el de una docente, una enfermera, una cuidadora de personas enfermas (Carabajal, 2013). Es decir, más alto que el establecido para las tareas de cuidado asignadas históricamente a las mujeres por los estereotipos de género. ¿Qué ocurre cuando las mujeres aspiran acceder a un trabajo que escapa de la órbita del cuidado y del hogar? Ocurre, como en este caso, la necesidad de poner en funcionamiento el sistema judicial para proteger el principio de igualdad y los derechos humanos. Derechos humanos que están reconocidos en el plano jurídico y formal pero no en la práctica socio cultural cotidiana donde subsisten estos estereotipos.

La capacitación y sensibilización en la temática de género es un aspecto trascendente del fallo de la Corte salteña. Subrayo aquí la importancia de la continuidad que debería tener esa formación en materia de trato digno y respetuoso en el ámbito laboral. La enseñanza debe ser constante en todas las esferas ya que se trata de cambiar una forma de pensar y ello no ocurre ni de un día para el otro, ni por una capacitación aislada en el tiempo.

Las visiones estereotipadas no se oponen a que las mujeres trabajen, sino que las mujeres solo deberían participar en “actividades tradicionales” (Queirolo, 2019). Abstenerse de intervenir en determinadas fuerzas de producción que están destinadas a lo masculino.

El derecho garantiza el acceso al trabajo, sin embargo, las mujeres cobran un salario inferior al de los hombres por la misma labor. Asimismo, son las principales responsables del cuidado familiar y del trabajo doméstico, no acceden a puestos jerárquicos y son las principales perjudicadas por acoso laboral. No solo tienen menos probabilidades que los hombres de participar en la fuerza de trabajo, sino que, cuando lo hacen, tienen también más probabilidades de estar desempleadas u ocupadas en empleos que están al margen de la legislación laboral, la normativa en materia de seguridad social y los convenios colectivos (OIT, 2018, p. 5).

En relación a la brecha salarial, cabe adunar que las mujeres, además de realizar el trabajo asalariado, dedican más tiempo para el trabajo “invisible” no remunerado dentro del hogar. “La pretensión de mantener la sociedad abierta a las mujeres en sus nuevos papeles sociales, sin que por ello se descarguen de las funciones tradicionales, conduce directamente a la doble jornada o, peor aún, a la jornada interminable. La doble jornada es pura y simple explotación y no puede enmascararse bajo el argumento de que se trata de una opción voluntaria” (Durán, 2000, p. 2).

Para finalizar, las mujeres deben hacer un doble esfuerzo para demostrar su idoneidad y el merecimiento de iguales oportunidades para acceder a un puesto de trabajo no pensado tradicionalmente para ellas; que sus manos no están “hechas sólo para acariciar” y que sus cuerpos les permiten manejar colectivos. En fin, que son tan capaces como los hombres. Este es el caso de Mirtha Sisnero, pero también de muchas otras mujeres.

IV. Bibliografía

Allemandi, C. (2017). *Sirvientes, criados y nodrizas. Una historia del servicio doméstico en la ciudad de Buenos Aires (fines del siglo XIX y principios del siglo XX)*. Buenos Aires: Teseo.

Anzures Gurría, J. J. (2010). La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Cuestiones constitucionales. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 22, enero-junio (pp. 3-51).

Bauger, E. S. (2019). Perspectiva de géneros y feminismos jurídicos en la enseñanza del derecho. *Revista Derechos En Acción*, vol. 11, N° 11 (pp. 297-312).

Bobbio, N. (1991 [1964]). *El tiempo de los derechos*. (Trad. R. De Asís Roig). Madrid: Sistema. (Texto original publicado en 1964).

Bolla, L. (2018). Cartografías feministas materialistas. Relecturas heterodoxas del marxismo. *Nómadas*, vol. 48 (pp. 117-133). DOI:10.30578.

Buteler, A. (2015). La presunción de inconstitucionalidad. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, año 15, N° 62- outubro/dezembro (pp. 33-43).

Carabajal, M. (10/03/2013). La mujer que no puede subirse al colectivo. *Página 12*. Recuperado de <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-215483-2013-03-10.html> [Fecha de consulta: 09/06/2020].

Carrasco, C. (2006). La economía feminista: Una apuesta por otra economía. En M. J. Vara (ed.), *Estudios sobre Género y Economía* (pp. 29- 62). Madrid: Akal.

Costa, M. (2010). El debate igualdad/diferencia en los feminismos jurídicos. *Feminismo/s*, vol. 15- jun. (pp. 235-252).

De Barbieri, T. D. (1993). Sobre la categoría género: una introducción teórico-metodológica. *Debates en Sociología*, vol. 18 (pp. 145-169).

De Beauvoir, S. (1949) *El segundo sexo*. México: Siglo veintiuno.

De Miguel Álvarez, A. (2005). La articulación clásica del feminismo y el socialismo: el conflicto clase-género. En C. Amorós y A. De Miguel (comp.), *Teoría feminista de la Ilustración a la globalización. Vol. 1: De la Ilustración al segundo sexo* (pp. 295-332). Madrid: Minerva.

Durham, W. H. (1991). *Coevolution: Genes, Culture, and Human Diversity*. California: Stanford University Press.

Durán, M. (2000). Uso del tiempo y trabajo no remunerado. *Revista de Ciencias Sociales*, N° 18 (pp. 1-23).

Engels, F. (2017 [1884]). *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado* (Trad. Editorial Progreso, Moscú) (Trabajo original publicado en 1884). Archivo Marx- Engels de la Sección en español del Marxists Internet Archive.

Federici, S. (2010). *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*. Buenos Aires: Tinta Limón.

Femenías, M. L. y Bolla, L. (2019). Narrativas invisibles: Lecturas situadas del feminismo materialista. *La Aljaba*, vol. XXIII, (pp. 91-105).

Ferrajoli, L. (1999). Igualdad y diferencia. En: L. Ferrajoli, *Derechos y garantías: la ley del más débil* (pp. 73-96). Madrid: Trotta.

Guerra Palmero, M. J. (2010) Universalismo, derechos humanos y perspectiva de género. Apuntes sobre teoría y praxis feminista. En: M. López Fernández Cao y L. Posada Kubissa (ed.), *Pensar con Celia Amorós* (pp. 93-106). España: Fundamentos.

Guillaumin, C. (2005 [1978]). Práctica de poder e idea de Naturaleza (1). En O. Curiel y J. Falquet (comp.), *El patriarcado al desnudo* (pp. 19-59). Buenos Aires: Brecha Lésbica.

Hartmann, H. (1994 [1976]). Las mujeres y el trabajo: rupturas conceptuales. En C. Borderías Mondejar; C. Carrasco Bengoa y C. Alemany (comp.), *Capitalismo, patriarcado y segregación de los empleos por sexos* (pp. 253-294). España: Icaria.

INADI (2016). *Hacia una redistribución igualitaria de las tareas de cuidado*. Buenos Aires: Instituto Nacional contra la discriminación, la xenofobia y el racismo.

Löwy, M. (2003). *Walter Benjamin: Aviso de incendio. Una lectura de las tesis "sobre el concepto de historia"* (Trad. Horacio Pons). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Millet, K. (1995). *Política sexual* (Trabajo original publicado en 1969). Valencia: Editorial Cátedra Universitat de València. Instituto de la mujer.

Nari, M. (2000). Maternidad, política y feminismo. En F. Gil Lozano; V. Pita y M. G. Ini (ed.), *Historia de las mujeres argentinas, Siglo XX* (pp. 197-221). Buenos Aires: Taurus.

OEA (2007). *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, 20 de enero. Recuperado de <http://www.cidh.oas.org/women/Acceso07/indexceaccesso.htm> [Fecha de consulta: 09/06/2020].

OIT (2018). *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo: Avance global sobre las tendencias del empleo femenino*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo. Recuperado de http://www.ilo.org/global/research/global-report/weso/trends-for-women2018/WCMS_6196603/lang--es/index.htm [Fecha de consulta: 09/03/2020].

Olsen, F. (2000). El sexo del derecho. En A. Ruiz (comp.), *Identidad femenina y discurso jurídico* (pp. 137 - 156) (Trabajo original publicado en 1990). Buenos Aires: Biblos.

ONU (1999). Globalización, género y trabajo. En *Estudio Mundial sobre el papel de la mujer en el desarrollo*. Nueva York: Naciones Unidas.

Pateman, C. (1995 [1988]). *El contrato sexual*. (Trad. de María Luisa Femenías. Introducción y revisión de María Xosé Agra Romero) (Trabajo original publicado en 1988). México: Anthropos. Universidad Autónoma Metropolitana. Iztapalapa.

Pautassi, L. (2007). El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos. *Serie Mujer y Desarrollo*, N° 87 (pp. 1-50). Santiago de Chile: CEPAL.

Ponce, M. B. (3 de octubre de 2019). Capacitarán a mujeres choferes de colectivos. *El Tribuno*. Recuperado de <https://www.tribuno.com/salta/nota/2019-10-3-0-0-0-capacitaran-a-mujeres-choferes-de-colectivo> [Fecha de consulta: 09/05/2020].

Queirolo, G. (2019). Muchas pero invisibles: Un recorrido por las interpretaciones estadísticas del trabajo femenino en la Argentina, 1914-1960. *Anuario del Instituto de Historia Argentina*, vol. 19 (1), e087. Recuperado de <https://doi.org/10.24215/2314257Xe087>

Raffin, M. (2006). *La experiencia del horror: subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del cono sur*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Wainerman, C. (2003). Padres y maridos. Los varones en la familia. En C. Wainerman (comp.), *Familia, trabajo y género. Un mundo de nuevas relaciones* (pp. 1-28). Buenos Aires: UNICEF, Fondo de Cultura Económica.

La polémica frase de un dirigente sindical de la UTA: “El cuerpo de la mujer no está preparado para manejar un colectivo” (15 de mayo de 2019). *Infobae*. Recuperado de <https://www.infobae.com/sociedad/2019/05/15/la-polemica-frase-de-un-dirigente-de-la-uta-el-cuerpo-de-la-mujer-no-esta-preparado-para-manejar-un-colectivo/> [Fecha de consulta: 14/03/2020].

Legislación

Ley 23.592, penalización de actos discriminatorios, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 05/09/1988.

Ley 26.485, protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 01/04/2009.

Jurisprudencia

Fallos 241:291.

Fallos 334:1387.

Fallos 330:111.

Fallos 332:433.

Fallos 327:3677.

Fallos 327:5118.

Fallos 329:2986.

Fallos 331:1715.

Fallos 332:433.

Fallos 333:2306.

Fallos 335:197.

Fallos 332:111.

Fallos 329:2316.

CJS, 14/05/2015, “Sisnero, Mirtha Graciela; Caliva Lía Verónica y otras vs. Ahyarca S.A. Tadelva y otros - Amparo. Recurso de Apelación” (Expte. N O CJS 33.102/09). Recuperado de <https://www.justiciasalta.gov.ar/es/jurisprudencia-inicio> [Fecha de consulta: 14/03/2020].

CNCiv., sala H, 16/12/2002, “Fundación Mujeres en Igualdad c/Freddo”. Recuperado de <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/fallo-fundacion-mujeres-en-igualdad-y-otros-contra-freddo-sa-sobre-amparo.pdf> [Fecha de consulta: 09/06/2020].

Corte IDH, 28/08/2002, Opinión Consultiva OC- 17/02, Condición jurídica y derechos humanos del niño, párr. 46. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1687.pdf> [Fecha de consulta: 09/06/2019].

Corte IDH, 17/09/2003, Opinión Consultiva OC- 18/03, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf> [Fecha de consulta: 09/06/2019].

U.S. SC, 14/07/1973, “Mc Donnell Douglas Corp. vs. Green” 411 U.S. 792. Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/411/792/> [Fecha de consulta: 09/06/2020].

U.S. SC, 25/04/1938, “United States v. Carolene Products Co.” 304 U.S. 144. Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/><https://supreme.justia.com/cases/federal/us/411/792/> [Fecha de consulta: 09/06/2020].

U.S. SC, 18/12/1944, “Toyosaburo Korematsu v. United States”, 323 U.S. 214. Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/214/> [Fecha de consulta: 09/06/2020].

Otros materiales consultados

CEDAW (2004). *Recomendación general No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal*. Nueva York: Naciones Unidas. Recuperado de <https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/>

Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3733_S.pdf [Fecha de consulta: 09/06/2019].

CEDAW (2016). *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de la Argentina*. CEDAW/C/ARG/CO/7. Nueva York: Naciones Unidas. Recuperado de <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/402/18/PDF/N1640218.pdf?OpenElement> [Fecha de consulta: 09/06/2019].

Fecha de recepción: 30-03-2020

Fecha de aceptación: 07-08-2020

Un vistazo a los mecanismos de solución de controversias en el T-MEC

POR FRANCISCO LÓPEZ GONZÁLEZ(*)

Sumario: I. Introducción.- II. TLCAN: el peor pacto comercial jamás firmado.- III. El T-MEC a vuelapluma.- IV. Solución de Controversias en T-MEC.- V. Conclusiones.- VI. Bibliografía.

Resumen: a 26 años de la creación de una zona de libre comercio en América del Norte, el T-MEC está llamado a sustituir las reglas que permitieron la consolidación de un bloque comercial regional que parecía sólido y bien apreciado por los tres países que lo conformaban. La llamada nacionalista de Trump que puso a “América primero” trajo, después de una sufrida negociación, un pacto más restrictivo a favor de Estados Unidos de América y menos conveniente para Canadá y México. Si bien los mecanismos de solución de diferencias de este T-MEC abrevan de la experiencia del TLCAN, existen características que los hacen particulares y novedosos. El razonamiento inductivo lleva a prever que serán la gran válvula de despresurización del régimen comercial recién reformulado.

Palabras claves: T-MEC - solución de controversias comerciales - paneles T-MEC

A look at the Dispute Settlement Mechanisms in the USMCA

Abstract: 26 years after the creation of a free trade zone in North America, the USCMA comes to replace the rules that allowed the consolidation of a regional trade bloc that seemed solid and well appreciated by the three countries that made it up. Trump's nationalist call that put “America first” brought, after a long negotiation,

(*) Prof. del Programa de Posgrado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

a more restrictive pact in favor of the United States of America and less convenient for Canada and Mexico. Although the dispute settlement mechanisms of this T-MEC draw on the NAFTA experience, there are characteristics that make them particular and novel. Inductive reasoning leads us to foresee that they will be the great valve of depressurization of the newly reformulated commercial regime.

Keywords: USMCA - commercial dispute settlement - USMCA panels

I. Introducción

Cuando los Estados celebran tratados de cualquier naturaleza, en medio de los apretones de manos, los abrazos y el champaña, nadie quiere siquiera pensar en los problemas que pudieran presentarse durante la vigencia de esos instrumentos o derivar de ellos. No obstante, algo en lo que, por lo general, en meses previos los Estados han puesto mucha atención es en las disposiciones que crean medios para arreglar diferendos, pues saben que, a la postre, estos serán el antídoto contra la denuncia de tales tratados, al tiempo que los dotará de previsibilidad y certeza jurídica.

En el caso del Tratado entre México, Estados Unidos de América y Canadá, también conocido en español como T-MEC, los mecanismos de solución de controversias fueron un tema de intensa negociación entre los Estados contratantes, principalmente por la postura del gobierno de Trump que, al inicio, se negó a incluir uno específico para casos de dumping y subsidios, al tiempo en que pretendía modificaciones mayores tanto al mecanismo relativo a inversiones como al general.

Afortunadamente, las posiciones de Canadá y México prevalecieron, por lo que los textos definitivos del T-MEC, que fueron aprobados por los tres países y entraron en vigor el primero de julio de 2020, sí contienen un importante entramado para el arreglo de diferencias tanto Estado-Estado, como particular *vis-à-vis* Estado.

La pretensión de este trabajo es explicar la forma en que deben funcionar los mecanismos de solución de controversias del T-MEC y demostrar que, aunque las variaciones respecto de los mecanismos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) no son tan grandes, si son significativas. Así, lo primero que haré será destacar las razones que llevaron a la negociación y firma del T-MEC; posteriormente esbozaré el contenido del propio tratado y su intempestivo protocolo modificatorio. Por último, repasaré los mecanismos de solución de diferencias previstos en los capítulos 10, 14 y 31 del T-MEC, así como el de la Carta Paralela sobre Solución de Controversias en el Sector Automotriz.

II. TLCAN: el peor pacto comercial jamás firmado

La creación, en los años noventa, de una zona de libre comercio entre México, Canadá y Estados Unidos de América no fue una empresa sencilla. Ante la disparidad entre las economías involucradas, se antoja como primer impulso de los tres países determinar las razones de la conveniencia de un mercado zonal y cómo empatar los intereses en juego.

Vale recordar que, en esa época, México era un agente nuevo en el comercio internacional. Como lo destaca Lustig (1998), después de largos años de una férrea visión económica hacia adentro que privilegió el modelo de sustitución de importaciones, apenas en 1986, México emprendió el camino hacia el libre mercado con su adhesión al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). Tres años después, el orbe atestiguaría sucesos que, entre otras cosas, tendrían como consecuencia en el mediano plazo un giro radical en las relaciones internacionales. Esto, según Zabludovsky (2014), llevaría al presidente Carlos Salinas de Gortari a plantearse, durante el segundo año de su mandato, la importancia de negociar un tratado de libre comercio a efecto de que México no se quedara a la zaga de los inminentes cambios mundiales. Salinas no se equivocó; como lo apunta Engel (2018), poco después del halagüeño 1989, el mundo parecería nuevo.

Como lo indican Bello y Holmer (1993), para Estados Unidos de América la negociación de un tratado de libre comercio representaba la oportunidad de expandir las ventas hacia México de sus empresas exportadoras y mejorar la competitividad internacional al permitir que, sin las distorsiones que implican las barreras arancelarias y las restricciones a las inversiones extranjeras, pudieran establecerse donde les fuera más rentable económicamente. Además, era una respuesta estratégica al fortalecimiento de las Comunidades Europeas derivado del Single European Act y la más contundente integración de Europa, que se negociaba en Maastricht.

Por su parte, los objetivos de México eran los de aumentar las exportaciones con el fin de generar las divisas necesarias para modernizar la planta productiva nacional; alcanzar cierta competitividad en la producción de bienes y servicios que le permitiera la creación de empleos y la elevación de los niveles salariales mexicanos; aprovechar economías de escalas en función del mercado zonal; propiciar economías de especialización en las que México tuviera ventajas comparativas, aprovechar opciones tecnológicas que permitieran el desarrollo de nuevas inversiones productivas; y pugnar por establecer entre los tres países, reglas clara y comunes para resolver las controversias comerciales para impedir aplicación de medidas unilaterales. Claro, para lograr tales objetivos fue necesario modernizar el sistema jurídico mexicano, lo que, como lo apunta Malpica de Lamadrid (1995), resultó en la emisión de más de 550 disposiciones jurídicas, entre ellas,

la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la expedición del Reglamento para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Ley Extranjera, la Ley de instituciones de crédito, la Ley de fomento y protección a la propiedad industrial, Ley de inversiones extranjeras, la Ley de comercio exterior, la Ley Federal de metrología y Normalización, La Ley de nacionalidad, la Ley Federal de competencia económica, la Ley aduanera y el Código Fiscal de la Federación, entre otras.

En cuanto a Canadá, su propósito era ampliar los alcances del tratado de libre comercio que desde 1988 tenía con Estados Unidos de América y tener acceso al mercado mexicano en los mismos términos que su socio comercial.

Así, el anuncio tripartito de la intención de negociar tuvo lugar el 5 de febrero de 1991 y apenas unos meses después, en junio de ese año, las negociaciones comenzaron. Nada fue sencillo, pues diversos grupos de poder en Estados Unidos, como el sindicato de transportistas o Teamsters y los sindicatos de la industria automotriz, hicieron uso de la retórica nacionalista más encendida para impedir acuerdos o imponer sus puntos de vista.

El resultado llegó el 17 de diciembre de 1992, cuando los tres países firmaron el TLCAN; sin embargo, debido a que el Partido Republicano de Bush había perdido las elecciones en los primeros días de noviembre de aquel año y que el demócrata Bill Clinton juraría como presidente en enero de 1993, las partes decidieron abrir negociaciones para un par de adenda que al tiempo, en el transcurso de ese 1993, se convertirían en el Acuerdo de Cooperación Laboral y el Acuerdo de Cooperación Ambiental entre el Gobierno de Canadá, el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos.

Finalmente, el TLCAN entró en vigor el 1º de enero de 1994, compuesto de 22 capítulos más el par de acuerdos mencionados, con un mercado de 360 millones de personas en aquella época y desde entonces sus bondades y desventajas han sido objeto de debate permanente entre defensores y detractores.

Con motivo de su vigésimo aniversario, Esquivel (2014) señaló que —desde la perspectiva mexicana— había al menos dos formas de evaluarlo: por sus objetivos inmediatos y por sus objetivos finales. Por sus objetivos inmediatos, TLCAN había sido exitoso, México había logrado expandir su comercio internacional y atraer más inversión extranjera directa. Por los objetivos finales era un fracaso, no se había contenido la migración hacia el norte, de hecho, en poco más de dos décadas desde su entrada en vigor había aumentado en 150% hacia Estados Unidos de América, no se había logrado una integración de las tres economías, no se habían mejorado los salarios de los trabajadores mexicanos y la pobreza no se había erradicado.

Para Rubio (2015, p. 14): “Más allá de su (enorme) impacto económico, la verdadera trascendencia del TLC fue su carácter excepcional en la vida pública mexicana (...). Pero su excepcionalidad radica en que el gobierno aceptó límites a su capacidad de acción frente a esos inversionistas (...)”.

Ahora bien, desde la perspectiva estadounidense, Hufbauer, Cimino y Moran (2014) destacan que múltiples aspectos negativos que sus compatriotas adjudican al TLCAN, como la reducción de los salarios en la industria manufacturera, son discutibles y no necesariamente ciertos. De hecho, el TLCAN ha representado rentabilidad tanto económica como política para Estados Unidos de América, lo que puede constatarse con el desmantelamiento de barreras arancelarias y no arancelarias del que se ha beneficiado, el crecimiento de su comercio exterior y con la nueva forma de relacionarse con México que hasta antes del TLCAN había permanecido neutral respecto de su actuar en la arena internacional a diferencia de Canadá que, abiertamente, había sido su aliado.

Lo cierto es que el TLCAN fue exitoso, al menos, en aumentar el intercambio comercial entre los tres países y en la creación de un marco estable y claro para las inversiones.

No obstante, el 26 de septiembre de 2016, en el debate por la presidencia de Estados Unidos de América auspiciado por la cadena televisiva NBC, al referirse a la intención de la candidata Hillary Clinton de ratificar el entonces denominado TPP (Trans Pacific Partnership Agreement) o Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica, Donald Trump le reclamó que su esposo había firmado el TLCAN que había sido una de las peores cosas que le habían pasado a la industria manufacturera; seguido afirmó: “el TLCAN es posiblemente el peor pacto comercial jamás firmado en cualquier lugar, pero con seguridad es el peor firmado en este país”.

La creencia de Trump no es sino el resultado de la larga perorata de los detractores del TLCAN, que han querido presentarlo como la fuente de los males económicos del pueblo estadounidense. Para ellos, el TLCAN llevó la balanza comercial de Estados Unidos de América al déficit constante —especialmente con México—, significó la pérdida de millones de empleos para sus ciudadanos que fueron desplazados por trabajadores mexicanos con trabajos similares, pero con percepciones casi 5 veces inferiores y, al mismo tiempo, frenó el incremento de los salarios en su país.

III. El T-MEC a vuelapluma

Con fecha 30 de noviembre de 2018, México, Canadá y Estados Unidos de América también firmaron el “Protocolo por el que se sustituye el Tratado de Libre Comercio de América del Norte por el Tratado entre los Estados Unidos de América,

los Estados Unidos Mexicanos y Canadá”, al que anexaron el T-MEC y establece que en la misma fecha en que entre en vigor el Protocolo, el T-MEC sustituirá al TLCAN y el Acuerdo Paralelo en Materia Laboral se dará por terminado.

El T-MEC se compone de treinta y cuatro capítulos, esto es, doce más que su antecesor; diez anexos, 3 por país y uno más sobre “Empresas Propiedad del Estado”, ocho “Cartas Paralelas” y un “Acuerdo sobre Cooperación Ambiental”.

Los capítulos son los siguientes: 1. Disposiciones Iniciales y Definiciones Generales; 2. Trato Nacional y Acceso a Mercados; 3. Agricultura; 4. Reglas de Origen; 5. Procedimientos de Origen; 6. Mercancías Textiles y del Vestido; 7. Administración Aduanera y Facilitación del Comercio; 8. Reconocimiento de la propiedad directa, inalienable e imprescriptible del Estado Mexicano sobre Hidrocarburos; 9. Medidas Sanitarias y Fitosanitarias; 10. Remedios Comerciales; 11. Obstáculos Técnicos al Comercio; 12. Anexos Sectoriales; 13. Contratación Pública; 14. Inversión; 15. Comercio Transfronterizo de Servicios; 16. Entrada Temporal de Personas de Negocios; 17. Servicios Financieros; 18. Telecomunicaciones; 19. Comercio Digital; 20. Derechos de Propiedad Intelectual; 21. Política de Competencia; 22. Empresas Propiedad del Estado y Monopolios Designados; 23. Laboral; 24. Medio Ambiente; 25. Pequeñas y Medianas Empresas; 26. Competitividad; 27. Anticorrupción; 28. Buenas Prácticas Regulatorias; 29. Publicación y Administración; 30. Disposiciones Administrativas e Institucionales; 31. Solución de Controversias; 32. Excepciones y Disposiciones Generales; 33. Asuntos de Política Macroeconómica y de Tipo de Cambio; y 34. Disposiciones Finales

A vuelapluma destacaré, de forma general, algunas de las disposiciones que hacen una diferencia grande con la manera en que se regulaban con TLCAN, o que son innovaciones.

III.1. Reglas de origen

Son los parámetros que permiten determinar si una manufactura o un servicio es de uno de los tres países entre los que se creó la zona de libre comercio, por lo que, confirmado su origen, tales manufacturas y servicios serán gozarán de los beneficios que otorga el tratado.

Destacan aquí las reglas aplicables al sector automotriz, pues, además de incrementarse los requerimientos Valor de Contenido Regional (VCR), se deben satisfacer requerimientos de Valor Contenido Laboral (VCL). Así, los componentes de un automóvil deben tener un VCR de 75% y un VCL de 40 o 45%, dependiendo de si se trata de un auto o camioneta. Ese 40% o 45% debe provenir de fábricas en donde los salarios sean de al menos 16 dólares por hora.

III.2. Comercio digital

En este nuevo tratado se introdujo el tema del comercio electrónico, que no existía en 1994 y las partes convinieron no imponer aranceles aduaneros, tarifas, u otros cargos sobre o en conexión con la importación o exportación de productos digitales transmitidos electrónicamente, entre una persona de un país y una persona de otro país.

Tres aspectos sobresalientes son la validez de la firma electrónica, la remisión a reglas sobre privacidad de la información de órganos APEC u OCDE, y la imposibilidad de tratar a los proveedores de “Servicios Informáticos Interactivos” —*e.g.*, Facebook o Youtube— como responsables de daños por la información almacenada, procesada, transmitida, distribuida o puesta a disposición por el servicio, a menos que tal información haya sido creada por ellos.

III.3. Propiedad intelectual

Canadá, México y Estados Unidos de América confirman ser partes de instrumentos internacionales como el Tratado de Cooperación en materia de Patentes, el Convenio de París y el Convenio de Berna, entre otros, y se comprometen a adherirse o ratificar el Protocolo de Madrid; el Tratado de Budapest; el Tratado de Singapur; el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales 1991; el Arreglo de la Haya y el Convenio de Bruselas. Lo anterior constituye el marco jurídico internacional al que estarán sujetos en materia de propiedad intelectual los tres países.

En materia de marcas, por ejemplo, los tres países están obligados a crear y proporcionar un sistema electrónico para la solicitud y mantenimiento de marcas, además de que el concepto de marca, como tal, fue ampliado a signos visualmente perceptibles.

Este capítulo contempla los nombres de dominio y obliga a las partes a crear un procedimiento adecuado para la solución de controversias que esté basado o que siga la misma línea que los principios establecidos en la “Política Uniforme de Solución de Controversias en materia de Nombres de Dominio”.

Conforme al artículo 20.48, las patentes para productos farmacéuticos para cuyo registro sanitario se requirió la presentación de datos de prueba u otros datos no divulgados concernientes a la seguridad y eficacia del producto tendrán un plazo de protección de al menos cinco años. Debe entenderse que este plazo se articulará con aquellos previstos en otros tratados sobre la materia. Asimismo, el 20.50 creó un sistema de vinculación entre la autoridad encargada de otorgar patentes y la oficina encargada de otorgar registros sanitarios.

Por otra parte, los plazos de protección en materia de derechos de autor no pueden ser inferiores a la vida del autor y 70 años posteriores a su muerte y de 75 para derechos conexos después de la primera publicación de la obra.

III.4. Laboral

A diferencia de lo que sucedía con TLCAN, ahora la regulación de aspectos laborales se encuentra inmersa en el propio texto del T-MEC y no en un acuerdo paralelo. Los tres países reconocen y confirman las obligaciones que les corresponden como miembros de la Organización Internacional del Trabajo y se comprometen a garantizar la libertad a asociaciones laborales, el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación del trabajo forzado, la abolición del trabajo infantil y la eliminación de discriminación laboral.

Son también importantes en el capítulo las disposiciones relativas a la instrumentación de medidas que impidan el “dumping social” y aquellas sobre el diálogo entre los países sobre asuntos laborales y la solución de controversias en esta materia.

III.5. Pequeñas y medianas empresas

El T-MEC establece, en el artículo 25.3, que los tres países harán accesible a través de un sitio web tanto el texto del tratado como un resumen de este y todo tipo de información que permita que las Pequeñas y Medianas Empresas (Pymes) puedan comerciar, invertir o hacer negocios en sus territorios.

En general, el capítulo 25 dedicado a las Pymes se entiende como impulso a este tipo de empresas que pueden ser parte de la cadena de proveedores de las grandes exportadoras, además del dinamismo y mejoramiento que imprimen a las respectivas economías de los tres países.

III.6. Anticorrupción

El artículo 27.3.1 proporciona un catálogo de actividades que constituyen la definición de corrupción y los Estados parte se obligan a adoptar medidas legislativas que consideren tales actividades como delitos.

De igual manera, el T-MEC obliga a las partes a adoptar medidas que establezcan procedimientos apropiados para la selección de funcionarios públicos, códigos de conducta para estos y procedimientos especiales para suspender, remover o reasignar funcionarios acusados de corrupción.

Los tres países adoptarán las medidas que consideren pertinentes para que la población conozca la existencia de sus órganos anticorrupción y deberán proporcionar acceso al público para realizar denuncias, incluso de forma anónima.

III.7. Vigencia

En términos generales, el T-MEC tendrá una duración de 16 años contados a partir de su entrada en vigor y se prorrogará por un período igual a voluntad de las partes.

Es interesante notar que, cumplidos seis años desde su entrada en vigor, el T-MEC será objeto de una “revisión conjunta” de las partes —y de sus resultados—. Cualquiera de los tres países puede anunciar su intención de no prorrogar la vigencia a la que alude el párrafo anterior.

III.8. Corolario

En resumen, el T-MEC conlleva un gran número de compromisos de los tres países que, si bien modernizan una parte del antiguo TLCAN, restringen numerosos derechos de México y Canadá en favor de los intereses de Estados Unidos de América, a cuya propuesta fue negociado.

IV. Solución de controversias en T-MEC

Si bien el análisis de los problemas de TLCAN llevados a mecanismos de solución de controversias se encuentra fuera del objeto del presente trabajo, no está de más mencionar que tan pronto entró en vigor, exportadores y abogados estadounidenses preparaban casos a ser presentados ante dichos mecanismos y que, entre los más relevantes, a manera de ejemplo menciono: a) el Metalclad resuelto por un tribunal arbitral CIADI instalado conforme al Capítulo XI, que condenó a México al pago de más de dieciséis millones al inversionista estadounidense; b) el de lámina cortada a la medida procedente de Estados Unidos de América, resuelto por un panel 1904 que determinó que la autoridad administrativa en México no tenía facultades para conocer y resolver el asunto; y c) el de las escobas de mijo resuelto por un panel —Capítulo XX— que concluyó que la Salvaguarda impuesta por Estados Unidos no se ajustaba a derecho y por lo tanto era violatoria del TLCAN en perjuicio de México.

Me abocaré ahora al T-MEC. Este prevé 6 medios para dirimir diferencias:

- 1) El del artículo 10.11 sobre reformas legislativas sobre dumping y subvenciones.

- 2) El establecido en el 10.12 en materia de cuotas compensatorias derivadas de dumping o subvenciones.
- 3) El previsto en los Anexos D y E del capítulo 14 en materia de inversiones extranjeras.
- 4) Aquel establecido en el artículo 23.17 sobre asuntos laborales.
- 5) El del capítulo 31 para todo aquello derivado del tratado distinto a lo cubierto por los procedimientos anteriores.
- 6) El de la carta paralela sobre controversias en el sector automotriz.

IV.1. Mecanismos del capítulo 10

Son los que el TLCAN preveía en su capítulo XIX y la intención del gobierno estadounidense era la de no contemplarlos más. Se trata de dos mecanismos que, de diferente forma, se refieren a la posibilidad de revisar los resultados de los sistemas domésticos antidumping y antisubvenciones.

Considero que la razón central por la que Estados Unidos de América pretendía eliminar estos medios era porque impedían la imposición discrecional de medidas proteccionistas; sin embargo, existían algunas otras razones, por ejemplo, aquella que afirmaba que los paneles del Capítulo XIX minaban su soberanía y otras más que eran innecesarias, puesto que Canadá y México ya contaban con un Órgano de Solución de Controversias, la Organización Mundial de Comercio (OMC), al que comúnmente acudían a impugnar las decisiones estadounidenses sobre la materia.

Al final, fue tal la importancia que Canadá y México dieron a estos mecanismos que se impusieron en la negociación y el articulado relevante pasó prácticamente como copia al texto del capítulo 10 del T-MEC.

Así, el artículo 10.11 establece la posibilidad de que un panel binacional revise si una reforma legislativa a las disposiciones jurídicas de cualquiera de los Estados contratantes, en materia de antidumping y antisubvenciones, fue hecha en observancia de las disposiciones del GATT-1994, el Acuerdo Antidumping o el Acuerdo sobre Medidas Compensatorias ambos de OMC. En la experiencia TLCAN los procedimientos correlativos del artículo 1903 jamás fueron usados, por lo que es posible que la tendencia continúe.

Ahora bien, el polémico procedimiento de impugnación de medidas domésticas en materia de dumping y subvenciones a través de un panel compuesto por

expertos en comercio internacional nativos de los Estados en conflicto, conocido como “paneles 1904” de TLCAN, devino en el mecanismo del 10.12 del T-MEC.

En corto, en caso de que se solicite su funcionamiento, este procedimiento sustituye a la revisión judicial —interna— de cada parte, de ahí que sea un mecanismo “particular vis-à-vis Estado”. Dicho de otra manera, cualquier importador o exportador involucrado en un procedimiento doméstico de investigación de *dumping* o subsidios puede optar por impugnar el resultado de dicha investigación ante los tribunales competentes del país en el que se lleva ese procedimiento o pedir que se instale un panel de 5 expertos para que haga las veces de ese tribunal que ordinariamente habría conocido del caso y resuelva, en definitiva.

Una novedad es que el T-MEC prevé la publicación en línea de las regulaciones domésticas de cada Estado, así como modelos de los cuestionarios que utilizan sus autoridades administrativas para llevar a cabo las investigaciones correspondientes.

Los criterios de revisión que aplicarán los paneles se encuentran establecidos en el artículo 10.8 y son:

- (a) en el caso de Canadá, las causales establecidas en la Sección 18.1 (4) de la Ley de la Corte Federal (Federal Court Act), con sus reformas, respecto a toda resolución definitiva;
- (b) en el caso de México, el criterio establecido en el Artículo 51 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, o cualquier ley que lo sustituya, basado solamente en el expediente;
- (c) en el caso de Estados Unidos,
 - (i) el criterio establecido en la Sección 516A(b)(1)(B) de la Ley Arancelaria de 1930 (Tariff Act de 1930), con sus reformas, excepto la resolución a que se refiere el subinciso (ii), y
 - (ii) el criterio establecido en la Sección 516A(b)(1)(A) de la Ley Arancelaria de 1930 (Tariff Act de 1930), con sus reformas, respecto a una resolución que dicte la Comisión de Comercio Internacional de Estados Unidos (United States International Trade Commission) en el sentido de no iniciar la revisión conforme a la Sección 751(b) de la Ley Arancelaria de 1930 (Tariff Act de 1930), con sus reformas.

Excepto por los casos de parcialidad evidente u obstaculización del mecanismo por un Estado, para los que existe un procedimiento denominado “Salvaguarda del Sistema de Revisión ante el Panel”, previsto en el 10.13, los fallos del

mecanismo 10.12 son definitivos e inimpugnables. Esos fallos se reenvían a la autoridad investigadora doméstica para que emita una nueva resolución acorde a los mismos.

La sustitución de tribunales domésticos por paneles supranacionales a partir de un tratado internacional crea dudas respecto de la constitucionalidad del hecho, pero sobre todo supone un cambio en la concepción westphaliana de la soberanía que, para algunos, como los detractores estadounidenses del T-MEC, es simplemente inadmisibile.

IV.2. Mecanismos del capítulo 14

Este capítulo versa sobre inversiones y los mecanismos previstos en los Anexos 14-D y Anexo 14-E son básicamente arbitraje inversionista-Estado con reglas o ante instituciones bien conocidas.

Con algunos cambios importantes, entre los que destaca que Canadá no es parte de los anexos y por lo tanto no puede acceder a este tipo de arbitrajes, a nivel procedimental incorpora medularmente la Sección B del capítulo XI de TLCAN.

En su tiempo, esa Sección B fue un hito porque, como lo señala Price (1993), el arbitraje inversionista-Estado jamás había sido incluido en tratados de dos países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Poco después de la entrada en vigor del TLCAN, en mayo de 1994, México se hizo parte de la OCDE.

Con el Capítulo XI, México dio un vuelco a su aproximación hacia la inversión extranjera que, fincada sobre la idea de la soberanía económica y sobre los recursos naturales, al menos desde la expropiación petrolera de 1938, había sido cautelosa, restrictiva y desconfiada. Ahora México aceptaba la visión de los países desarrollados del hemisferio norte en cuanto a su trato a la inversión extranjera con el reconocimiento implícito de los principios de Nación más favorecida, Nacional y Nivel Mínimo y en los años siguientes suscribiría más de 30 acuerdos para la protección y promoción recíproca de las inversiones, participaría en numerosos arbitrajes y en enero de 2018 finalmente se adheriría al Convenio del CIADI.

Ahora bien, el Anexo 14-D del T-MEC prevé varias posibilidades de arbitraje: ante CIADI, mediante el mecanismo complementario de CIADI (para los Estados que no son parte de CIADI), conforme al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para Derecho Mercantil Internacional y, a diferencia del TLCAN, ante cualquier otra institución arbitral a la que las partes decidan acudir o con cualesquiera otras reglas que deseen aplicar.

El artículo 14.D.2 sugiere que, antes de solicitar que el problema se someta al arbitraje, las partes busquen una solución mutuamente acordada y evoca la posibilidad de consultas. Si la solución no se logra de esta forma, el inversionista afectado podrá solicitar el sometimiento de la controversia al arbitraje y 90 días antes notificará al Estado demandado su intención de hacerlo.

El inversionista podrá alegar 3 cosas: que el Estado demandado violó en su perjuicio el Trato Nacional, el Trato de la Nación más Favorecida, siempre que no se trate de establecimiento o adquisición de inversión o las disposiciones sobre Expropiación y Compensación, excluido el caso de la expropiación indirecta.

Conforme al artículo 14.D.5, es necesario que los inversionistas agoten los recursos internos antes de que la controversia sea sometida a arbitraje.

El Anexo 14-E es *lex specialis* frente al Anexo 14-D para resolver conflictos relacionados con ciertos tipos de contratos de gobierno que versen sobre petróleo y gas natural, generación de energía al público, servicios de telecomunicaciones al público, transporte público o propiedad o administración de caminos, vías ferroviarias, puentes o canales, que no sean para el uso y beneficio exclusivo o predominante del gobierno ya sea de México o de Estados Unidos de América.

IV.3. Mecanismo del capítulo 23

Conforme al artículo 23.17, cualquier asunto en materia laboral que derive del capítulo 23 será resuelto, preferentemente, por los Estados a través de consultas. Estas pueden llevarse entre dos o las tres partes del tratado en caso de que la tercera parte tiene un interés sustancial.

En caso de que los Estados no logren solucionar su diferencia mediante las consultas, podrán escalar solicitando que los Ministros laborales domésticos se reúnan con prontitud para resolver el asunto puesto a su consideración. Estos, a su vez, podrán ser auxiliados por terceros expertos e incluso recurrir a buenos oficios, conciliación o mediación.

En caso de que dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que un Estado reciba la solicitud de consultas laborales las partes no hayan llegado a la solución del asunto, podrán accionar los mecanismos de los artículos 31.5 y 31.6 que se mencionan más adelante.

El reto de México en esta materia será el de crear las condiciones laborales que impidan los cuestionamientos constantes de los otros países por vía de las consultas o los paneles, cosa que se antoja difícil por las diferencias económicas que guarda con sus socios.

IV.4. Mecanismo del Capítulo 31

El capítulo 31 de T-MEC prevé el mecanismo general sobre solución de controversias relacionadas con la interpretación o aplicación del tratado.

Por supuesto, primer punto que refiere es el de sus alcances. El artículo 31.2 establece que las normas sobre solución de controversias aplican:

(a) con respecto a la prevención o solución de las controversias entre las Partes referentes a la interpretación o aplicación de este Tratado;

(b) cuando una Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra Parte es o sería incompatible con una obligación de este Tratado o que otra Parte ha incumplido de otra manera llevar a cabo una obligación de este Tratado; o

(c) cuando una Parte considere que un beneficio que razonablemente pudiera haber esperado recibir conforme al Capítulo 2 (Trato Nacional y Acceso de Mercancías al Mercado), Capítulo 3 (Agricultura), Capítulo 4 (Reglas de Origen), Capítulo 5 (Procedimientos de Origen), Capítulo 6 (Mercancías Textiles y Prendas de Vestir), Capítulo 7 (Administración Aduanera y Facilitación del Comercio), Capítulo 9 (Medidas Sanitarias y Fitosanitarias), Capítulo 11 (Obstáculos Técnicos al Comercio), Capítulo 13 (Contratación Pública), Capítulo 15 (Comercio Transfronterizo de Servicios) o Capítulo 20 (Derechos de Propiedad Intelectual), está siendo anulada o menoscabada como resultado de la aplicación de una medida de otra Parte que no es incompatible con este Tratado.

El segundo punto que toca, en el artículo 31.3, es la elección de foro. Se trata de una versión más clara, amplia y puesta al día de lo que en su momento estableció el artículo 2005.1 del TLCAN. Los Estados pueden someter sus diferencias de comercio internacional a consideración de los mecanismos previstos en cualquier otro arreglo comercial internacional del que sean parte o del T-MEC, según lo elijan, hecho lo cual, el foro elegido tendrá jurisdicción exclusiva. Esto evitaría lo que sucedió en los casos de Jarabe de Maíz de Alta Fructuosa, que fueron llevados ante el mecanismo 1904 del TLAN y al Órgano de Solución de Diferencias de la OMC.

El proceso de solución de controversias comienza con la celebración de consultas entre gobiernos. De no resolverse el diferendo en un plazo que va de los 15 a los 45 días de presentada la solicitud de consultas, dependiendo del caso a considerar, un Estado podrá solicitar una reunión de la Comisión de Libre Comercio.

Con la finalidad de que las partes de la controversia lleguen a una solución mutuamente satisfactoria, la Comisión de Libre Comercio puede recurrir a expertos,

a buenos oficios, conciliación, mediación o cualquier otro medio alternativo al de paneles 31.6 para solucionar controversias o también puede hacer recomendaciones directamente.

Si con la intervención de la Comisión de Libre Comercio no es posible resolver la controversia dentro de los 30 días siguientes a que esta se reunió, una de las partes consultantes podrá solicitar la integración de un panel —arbitral— de cinco miembros de las nacionalidades de los Estados contendientes.

Para definir los perímetros de la disputa, el panel se sujetará a los “términos de referencia” propuestos específicamente por las partes o los generales establecidos en el 31.7.

En cuanto a las funciones de los paneles, el artículo 31.13.4 indica: “El panel interpretará este Tratado de conformidad con las reglas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público según se reflejan en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969”.

Esto es relevante porque Estados Unidos de América no es parte de la convención citada, pero la redacción del numeral elude su aplicación directa, pues solo menciona sus artículos 31 y 32 como cristalizadores del derecho internacional consuetudinario en materia de interpretación de tratados.

El panel presentará dos informes: uno preliminar entre los 120 y los 150 días de que el último panelista fue nombrado y uno final dentro de los 30 siguientes al preliminar. Posteriormente, dentro de los 45 días siguientes a la notificación del informe final, las partes procurarán llegar a un acuerdo sobre la solución de la controversia y en caso de no alcanzarlo, la parte reclamante podrá suspender beneficios a la parte demandada equivalentes a la medida objeto de la controversia.

IV.5. Mecanismo de la Carta Paralela de Solución de Controversias para el Sector Automotriz

No prevé un mecanismo propiamente, sino que permite a México acudir a aquellos previstos por el capítulo XX de TLCAN o el capítulo 31 de T-MEC, dependiendo de cual de esos tratados se encuentre en vigor al momento en que surja la disputa sobre si Estados Unidos excluyó de una medida tomada conforme a la sección 232 de su Ley de Expansión de Comercio de 1962 a los camiones ligeros, la cantidad de vehículos de pasajeros o al valor de autopartes en términos de las —otras 2— Carta Paralelas sobre el Sector Automotriz.

Una vez más, Canadá no es parte de este instrumento paralelo.

V. Conclusiones

Los grandes temores económicos de una significativa parte de sus compatriotas reverberaron en la plataforma política de Donald Trump que, exagerando el déficit en la balanza comercial de su país y exacerbando la idea de que los trabajadores estadounidenses habían sido desplazados de sus empleos por trabajadores mexicanos con ínfimos salarios, prometió terminar con lo que, desde su perspectiva, era el “peor pacto comercial jamás firmado por los Estados Unidos de América”: el TLCAN.

Trump cumplió, el T-MEC no es la puesta al día del TLCAN, sino la terminación de este por efecto de su sustitución con aquel que, a decir verdad, es un tratado de mayores alcances, a la carta y mucho más cargado a favor de los intereses estadounidenses.

Si bien los mecanismos de solución de controversias de los capítulos 10, 14, 23 y 31 del T-MEC, así como la Carta Paralela de Solución de Controversias para el Sector Automotriz abrevan de aquellos previstos en el TLCAN, los sobrepasan. Las diferencias, aunque en muchos casos sutiles, son múltiples y bien diseñadas para los objetivos que persiguen.

Sin duda, lo ambicioso y complejo del T-MEC será pronto motivo de un gran número de controversias entre los involucrados en él, con lo que se pondrán a prueba todos esos procedimientos para solucionarlas y de sus resultados se sabrá si los mecanismos implicados logran crear condiciones de certeza y seguridad jurídica que hagan viable un arreglo comercial de largo aliento.

VI. Bibliografía

Arriola, C. (1994). *Testimonios del TLC*. México: Miguel Ángel Porrúa.

Bello, J. y Holmer, A. (1993). Annual Symposium: The North American Free Trade Agreement (NAFTA). The NAFTA: Its Overarching Implications. *The International Lawyer*, vol. 27 (3) (p. 590). Estados Unidos.

Craig, P. y De Búrca, G. (1995). *EC Law. Texts, cases & materials*. Reino Unido: Clarendon Press. Oxford.

Cruz Barney, O. (2008). El criterio de revisión y el derecho supletorio en los procedimientos de revisión de las resoluciones antidumping del capítulo XIX del TLCAN. En E. Ferrer McGregor y A. Zaldívar Lelo de Larrea (coord.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, T. XII, Ministerio público,

contencioso administrativo y actualidad jurídica (pp. 677-688). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Engel, J. A. (2018). *When the world seemed new. George H. W. Bush and the end of the cold war*. Estados Unidos de América: First Mariner Books.

Esquivel, G. (2014). El TLCAN: 20 años de claroscuros. *Foreign affairs*. Latinoamérica, vol. 14-2 (p. 7).

Fukuyama, F. (2006). *The end of history and the last man*. Estados Unidos de América: Free Press.

Hufbauer, G. A.; Cimino, C. y Moran, T. (2014). NAFTA at 20: Misleading Charges and Positive Achievements. NAFTA 20 Years Later. PIIIE Briefing (14-3) (pp. 6-29). Recuperado de <https://www.piiie.com/publications/piie-briefings/nafta-20-years-later> [Fecha de consulta: 05/03/2020].

Jackson, J. H. (2006). *Sovereignty, the WTO, and the changing fundamentals of international law*. Estados Unidos de América: Cambridge University Press.

López González, F. (2018). La renegociación (2017-2018) del capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte: regreso al Proteccionismo. *Revista Anales De La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, N° 48. Recuperado de <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/5640> [Fecha de consulta: 06/04/2020].

Lustig, N. (1998). *Mexico: The Remaking of an Economy*. Washington D.C.: The Brookings Institution.

Malpica de Lamadrid, L. (1995). *La Modernización del Sistema Jurídico Mexicano y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC). Un homenaje a Don Cesar Sepúlveda. Escritos Jurídicos* (pp. 245-264). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Posadas, A. y otros (2005). *México, Estados Unidos y Canadá: Resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Price, D. M. (1993). *An Overview of NAFTA Investment Chapter: Substantive Rules and Investor-State Dispute Settlement*. The International Lawyer (p. 731). Estados Unidos.

Rábago Dorbecker, M. (2004). *Derecho de la Inversión Extranjera*. México: Editorial Porrúa.

Rogers, W. D. (1978). Of Missionaries, Fanatics and Lawyers: Some Thoughts on Investment Disputes in the Americas. *American Journal of International Law*, vol. 72 (1) (pp. 1-16). Estados Unidos.

Rubio, L. (2015). Una Utopía mexicana. El Estado de Derecho es posible. Recuperado de <https://www.wilsoncenter.org/publication/mexican-utopia-the-rule-law-possible>

Zabludovsky, J. (2014). No es lo mismo México, Estados Unidos y Canadá, que 20 años después. *Foreign affairs*. Latinoamérica, vol. 14 (2) (pp. 2).

Páginas web

CBS News (2016). First presidential debate. Estados Unidos de América: Youtube. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=s7gDXtRS0jo> [Fecha de consulta: 24/03/2020].

FOX Business (2017). President Trump on how he plans to reform NAFTA. Estados Unidos de América: Youtube. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=s5hIBNw0qj0> [Fecha de consulta: 24/03/2020].

Gobierno de México (2020). Comercio exterior/Solución de controversias. México: Secretaría de Economía. Recuperado de <https://www.gob.mx/se/acciones-y-programas/comercio-externo-solucion-de-controversias?state=published> [Fecha de consulta: 07/09/2020].

Gobierno de México (2020). T-MEC. México: Gobierno. Recuperado de <https://www.gob.mx/t-mec> [Fechas de consulta: 05/02/2020 al 15/04/2020].

Gobierno de México (2020). Decreto Promulgatorio del Protocolo por el que se sustituye el Tratado de Libre Comercio de América del Norte por el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, hecho en Buenos Aires, el treinta de noviembre de dos mil dieciocho; del Protocolo Modificatorio al Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, hecho en la Ciudad de México el diez de diciembre de dos mil diecinueve; de seis acuerdos paralelos entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América, celebrados por intercambio de cartas fechadas en Buenos Aires, el treinta de noviembre de dos mil dieciocho, y de dos acuerdos paralelos entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América, celebrados en la Ciudad de México, el diez de diciembre de dos mil diecinueve. México: Gobierno. Recuperado de http://dof.gob.mx/2020/SRE/T_MEC_290620.pdf [Fecha de consulta: 08/09/2020].

Serra Puche, J. (1991). Principios para negociar el tratado de libre comercio de América del Norte. México: Bancomext. Recuperado de <http://revistas.bancomext.gob.mx/rce/magazines/272/4/RCE4.pdf> [Fecha de consulta: 03/02/2020].

United States Trade Representative (2017). USTR Releases NAFTA Negotiating Objectives. Estados Unidos de América: USTR. Recuperado de http://www.sice.oas.org/TPD/USMCA/Modernization/USTR_NAFTA_Negotiating_Objectives_e.pdf [Fecha de consulta: 12/03/2020].

United States Trade Representative (2020). USMCA. Estados Unidos de América: USTR. Recuperado de <https://ustr.gov/usmca> [Fecha de consulta: 30/03/2020].

Fecha de recepción: 31-03-2020

Fecha de aceptación: 12-07-2020

Incidencias de las nuevas tecnologías en el Derecho Internacional Privado

POR **LUCIANA B. SCOTTI**(*)

Sumario: I. Introducción.- II. El impacto de las nuevas tecnologías en el Derecho Internacional Privado.- III. El Derecho Internacional Privado para la regulación de Internet ¿continuidad o cambio de paradigma?- IV. Los problemas clásicos del DIPr: la jurisdicción competente y el derecho aplicable.- V. Mecanismos alternativos para la solución de controversias en Internet.- VI. Beneficios y desafíos de las TIC en el sector de la cooperación jurídica internacional.- VII. A modo de colofón.- VIII. Bibliografía.

Resumen: varias de las características de Internet, y principalmente su internacionalidad, nos llevan, como corolario, a definirla como un espacio esencialmente extraterritorial. Nos encontramos ante la misma extraterritorialidad que es inherente a la existencia y necesidad del Derecho Internacional Privado, que lo caracteriza y le concede su razón de ser. Sin embargo, la ubicuidad de Internet conlleva numerosos problemas jurídicos, en particular en materia de conflicto de leyes y de jurisdicciones, propios de nuestra disciplina. De allí, la íntima relación entre Derecho Internacional Privado e Internet y las nuevas tecnologías en general. En este sentido, estas irrumpen en los tres sectores de nuestra disciplina: la jurisdicción competente, el derecho aplicable y la cooperación jurídica

(*) Abogada (Medalla de oro, Universidad de Buenos Aires, UBA). Magister en Relaciones Internacionales, Universidad de Buenos Aires (UBA). Doctora de la Universidad de Buenos Aires, área Derecho Internacional. Diploma de Posdoctorado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Prof. Adjunta regular Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Investigadora Categoría I (Ministerio de Educación). Vicedirectora y Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja". Directora de Proyectos UBACyT.

internacional, ya sea para complejizar o para facilitar sus soluciones, según el caso. Precisamente, en este trabajo procuramos compartir algunos aportes a la comprensión de las incidencias de las nuevas tecnologías, y en especial de Internet, en tales ámbitos.

Palabras claves: tecnologías de la comunicación y de la información (TIC) - Internet - extraterritorialidad - Derecho Internacional Privado (DIPr)

Incidences des nouvelles technologies en droit international privé

***Résumé:** plusieurs des caractéristiques de l'Internet, et principalement son caractère international, nous conduisent, en corollaire, à définir Internet comme un espace essentiellement extraterritorial. Nous sommes confrontés à la même extraterritorialité inhérente à l'existence et à la nécessité du droit international privé, qui le caractérise et lui donne sa raison d'être. Cependant, l'omniprésence d'Internet entraîne de nombreux problèmes juridiques, notamment en matière de conflits de lois et de juridictions, typiques de notre discipline. De là, la relation intime entre le droit international privé et Internet et les nouvelles technologies en général. En ce sens, elles pénètrent dans les trois secteurs de notre discipline: juridiction compétente, droit applicable et coopération juridique internationale, soit pour complexifier soit pour faciliter leurs solutions, selon le cas. Précisément, dans ce travail, nous essayons de partager quelques contributions à la compréhension de l'incidence des nouvelles technologies, et en particulier Internet, dans ces domaines.*

***Mots-clés:** technologies de l'information et de la communication (TIC) - Internet - extraterritorialité - droit international privé*

I. Introducción

Habitamos en una “sociedad de la información”, en donde el activo económico principal y el bien transable por excelencia en el mercado es la propia información, en particular, en formato inmaterial, digital, independiente de las fronteras estatales. Las (nuevas) tecnologías de la comunicación y de la información (TIC) han llegado para formar parte de nuestras vidas cotidianas. La nave insignia de las TIC, sin dudas, es Internet, que ha cambiado la forma de comunicarnos, de negociar, de comprar, de educarnos y de buscar un espacio de recreación (Smith, 2000, p. 247).

En líneas generales, los problemas jurídicos surgidos con motivo de la aparición de Internet tienen relación con el conflicto entre su naturaleza deslocalizada y la índole territorial de ciertas normas que se basan en la noción de “lugar” (lugar de celebración de un contrato, lugar de ejecución o cumplimiento de un contrato, lugar del establecimiento de una de las partes, lugar de su domicilio o residencia

habitual, lugar de comisión del delito, lugar de producción del daño, etcétera). O bien, se vinculan al conflicto entre la naturaleza inmaterial de Internet y las normas que exigen o presuponen soporte papel (Draetta, 2005, p. 52).

En efecto, esta red de redes ha erosionado las fronteras geográficas. De allí, la enorme dificultad que enfrentan los Estados para regular de modo independiente este fenómeno. Vale recordar que, respecto de la naturaleza jurídica de Internet, para algunos solo constituye un medio de transmisión, de comunicación novedoso, que en consecuencia no representa un cambio sustancial en relación con otros medios tradicionales. Para otros, en cambio, Internet es un exponente de transformación social, que conmueve los cimientos clásicos sobre los que se edificaron los ordenamientos jurídicos. Ante estas posiciones antagónicas, surgen dos grupos, tal como afirma Lorenzetti (2001): una posición “ontológica”, según la cual estamos ante un mundo nuevo que demanda un derecho diferente, y la otra, “instrumental”, que traslada sin más las reglas existentes mediante el principio de analogía. Ambas corrientes difieren sustancialmente respecto del problema de la regulación de Internet (p. 37).

Ahora bien, la diferenciación entre un mundo real y un mundo virtual, que transcurren en paralelo, sin vinculación, es hoy más que nunca un mito. Real y virtual no son antónimos, al punto que se suele hablar de una “realidad virtual”, que la propia Real Academia Española define como “representación de escenas o imágenes de objetos, producida por un sistema informático, que da la sensación de su existencia real”.

Sin embargo, en el plano de lo jurídico, existen algunos rasgos que aún nos permiten distinguir los mercados tradicionales de los mercados electrónicos o virtuales. Siguiendo al Prof. Santos Belandro (2013) podemos mencionar los siguientes caracteres distintivos: la transnacionalidad del espacio virtual; la instantaneidad de las transacciones; el anonimato de los operadores; y la digitalización de los productos.

Varias de estas características de Internet, y principalmente su internacionalidad, su alcance planetario, nos llevan, como corolario, a definir a Internet como un espacio esencialmente extraterritorial.

Nos referimos a esa misma extraterritorialidad que es inherente a la existencia y necesidad del Derecho Internacional Privado (DIPr), que lo caracteriza y le concede su razón de ser.

No obstante, la ubicuidad de Internet conlleva numerosos dilemas jurídicos, en particular en materia de conflicto de leyes y de jurisdicciones, propios de nuestra disciplina.

De allí, la íntima relación entre Derecho Internacional Privado e Internet y las nuevas tecnologías en general. En este sentido, estas irrumpen en los tres sectores de la disciplina: la jurisdicción competente, el derecho aplicable y la cooperación jurídica internacional, ya sea para complejizar o para facilitar sus soluciones, según el caso, como veremos más adelante.

II. El impacto de las nuevas tecnologías en el Derecho Internacional Privado

Tal como manifiesta Pamboukis (2008), es necesario comprender los cambios que la revolución comunicacional, y sobre todo Internet, han producido. La gobernanza internacional tradicional se encuentra en plena revolución y ello amerita reflexionar: ¿surgen nuevos problemas? ¿Deben ser regulados? ¿Cómo y por quién? (p. 285).

Muchas son las problemáticas de índole jurídica que suscita este fenómeno apasionante. Entre ellas, podemos mencionar las relativas a la publicidad en Internet, la ley aplicable al contrato y al documento electrónico, la jurisdicción competente, la validez de la firma digital y del dinero electrónico, los delitos informáticos, la falta de seguridad en la red, los alcances de la libertad de expresión en el ciberespacio, la protección de los datos personales y las consecuencias de la violación al derecho a la intimidad, la transgresión de los derechos de los consumidores y usuarios, la piratería (violación al derecho de propiedad intelectual), el pago de impuestos y aranceles en el comercio electrónico y las consiguientes infracciones impositivas, la vulneración de principios fundacionales del Derecho Laboral a través del llamado teletrabajo, la responsabilidad extracontractual, la pornografía infantil.

Internet facilita el estallido de verdaderos conflictos transatlánticos, que oponen valores culturales fundamentales como la libertad de expresión y la prohibición de incitación del odio racial, o concepciones divergentes sobre la protección debida a la propiedad intelectual. Necesariamente, arribar a una solución u otra es una definición política e ideológica, ya sea a la hora de legislar, ya sea a la hora de dictar una sentencia (Muir Watt, 2004).

Para ilustrar estas palabras, podemos recordar el célebre asunto “Yahoo Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme et L’Antisemitisme”. Dos organizaciones civiles de origen francés: *Defendants La Ligue contre le Racisme et l’Antisemitisme* (“LICRA”) y *L’Union des Etudiants Juifs de France* decidieron entablar una demanda civil en el *Tribunal de Grande Instance* de París en contra de “Yahoo”, ya que se encontró propaganda, memorabilia y artefactos nazis que esta empresa ofrecía en su sitio de subastas infringiendo las leyes de libertad de expresión en Francia.

Este tribunal libró una orden judicial solicitando a “Yahoo” que eliminara todo acceso a los materiales y propaganda y le impuso una multa por la cantidad de cien mil euros por cada día que pasara y que no cumpliera con dicha orden. “Yahoo” interpuso una queja ante un Tribunal del Estado de California, solicitando una resolución declaratoria (*declaratory judgement*) a fin de que la orden del tribunal francés no fuera reconocida, ni ejecutada y quedara sin efecto legal alguno en los Estados Unidos.

La Corte del Estado de California resolvió que la orden del tribunal francés violaba los derechos de la Primera Enmienda de la Constitución americana y decidió dejar sin efecto la orden francesa en territorio americano.

En este caso, se pudo vislumbrar la aplicación de la noción de orden público internacional por parte de la justicia francesa para impedir que en su territorio se difundiera cierto tipo de información a través de Internet, en resguardo de principios fundamentales.

Frente a este argumento se sostiene que, con independencia de los países desde los que se puede acceder a una página web, son aplicables las leyes del lugar de la sede de la empresa. En este sentido, en el caso “Yahoo”, las compañías norteamericanas sostuvieron que ningún tribunal ni autoridad extranjera podría limitar las actividades (en el caso, venta por internet de material pro nazi) de firmas con sede en los Estados Unidos. Sin embargo, desde la posición opuesta, cuando los grandes portales de Internet sitios en EE.UU. ofrecen sus productos para su adquisición en otros países, están obligados a respetar las leyes estatales que rigen el entramado de derecho público de la economía de los mercados nacionales en los que operan y las leyes del país desde el que se puede comprar el producto, país en cuyo mercado se oferta el producto, de modo que deben sujetarse a todas las leyes de todos los países en cuyos mercados se opere. Si se opera a escala mundial, se deben respetar todas las normas de derecho público de la economía de cada ley estatal (*Worldwide Effect*) (Calvo Caravaca, 2001, p. 147).

Asimismo, podemos traer a colación otro caso que alcanzó un alto grado de notoriedad pública. Nos referimos al *affaire* del médico personal del fallecido presidente de Francia François Mitterand, el Dr. Claude Gubler, quien publicó un libro, *Le grand secret*, donde aportaba cuestiones íntimas del presidente (una de ellas fue que el jefe de Estado no se hallaba en condiciones de ejercer el poder debido a un cáncer prostático, algo que se le ocultó a la ciudadanía con informes médicos falsos o parciales), ante lo cual la familia del mandatario solicitó y obtuvo de la Justicia la prohibición de circulación de la obra y la requisa de los libros. La medida resultó ineficaz aun cuando, en principio, fue aceptada por el médico de cabecera; ya que bastó que un ciudadano francés, Pascal Barbiaud, escaneara la obra completa en un cibercafé de Besançon y la incorporara a Internet para que circulara

libremente por el mundo e incluso en la propia Francia, volviendo inconducente cualquier medida judicial que quisiera atacar esta libertad. El sitio del cual partió la difusión fue luego clausurado, pero la obra igual continuó circulando por todo el mundo (Santos Belandro, 2013).

Ante este tipo de sucesos, ¿quién es el encargado de regular el ciberespacio y en todo caso, cómo debe o puede hacerlo? Cualquier respuesta que se pueda aproximar está directamente relacionada con el alcance de un valor tan esencial, como la libertad.

Así lo expresa Muir Watt (2004):

Les débats relatifs à la régulation étatique du cyberspace font apparaître en effet un puissant argument 'libertaire', selon lequel l'Internet serait un milieu naturel de libre circulation des idées et des informations dans lequel aucune contrainte étatique destinée à en limiter la diffusion n'aurait de légitimité (p. 245).

En efecto, Internet es un instrumento que puede maximizar y hasta exacerbar la autonomía individual, pero también puede servir como un mecanismo de control y vigilancia permanente. Toda regulación debe buscar un equilibrio entre tales extremos.

A la hora de poner cierto orden en el ciberespacio, el Derecho Internacional Privado puede jugar un papel muy destacado.

III. El Derecho Internacional Privado para la regulación de Internet ¿continuidad o cambio de paradigma?

Calvo Caravaca y Carrascosa González (2001b) explican de un modo esclarecedor el rol que desempeña el Derecho Internacional Privado en la regulación de Internet:

La irrupción de Internet en el mundo del Derecho repercute en todas las ramas jurídicas, pero especial y fundamentalmente en el Derecho internacional privado. Internet representa el modo más depurado, hasta ahora, de mundializar y globalizar las situaciones privadas: incrementa el número y variedad de situaciones privadas internacionales. Ello hace del Derecho internacional privado el protagonista principal del impacto del Internet en el mundo jurídico (p. 147).

En efecto, tal como destaca Burnstein (1995), las cuestiones legales más espinosas que plantea el ciberespacio corresponden al Derecho Internacional Privado: ¿qué tribunales serán competentes y qué ley aplicarán a los diversos litigios

que pueden surgir en Internet? (p. 87). Por ello, el interrogante que podemos plantearnos es el siguiente: ¿es realmente necesario generar un “derecho de Internet” o un “derecho del comercio electrónico”, distinto, autónomo del Derecho Internacional Privado, y en especial del Derecho Comercial Internacional.

En realidad, lejos de amenazar la existencia del Derecho Internacional Privado, Internet fortalece su necesidad y su función principal: garantizar la protección de los individuos en todas aquellas relaciones jurídicas privadas, que presenten elementos extranjeros. En tanto existan divergencias entre los sistemas jurídicos estatales, no podrán desaparecer las reglas de Derecho Internacional Privado. Sería necesario uniformar todo el derecho y dotar a los jueces de una competencia universal, lo cual es poco probable, dadas las diversas tradiciones jurídicas (Fauvarque - Cosson, 2001, p. 3).

Ante este panorama, el interrogante gira en torno a la necesidad —o no— de una suerte de metamorfosis o cambio de paradigma del Derecho Internacional Privado ante los nuevos escenarios.

Nuestra disciplina nació y se desarrolló con miras a regular espacios con fronteras físicas, que la geografía nos permitía delimitar perfectamente. Las innovaciones tecnológicas, y en especial, Internet, al menos a simple vista, amenaza al paradigma clásico del Derecho Internacional Privado.

No podemos negar, en efecto, que el tradicional recurso de localizar territorialmente las relaciones jurídicas a fin de regularlas por una determinada legislación nacional ha dejado de ser una tarea sencilla ante el advenimiento de un espacio, de un medio, de un ámbito no sujeto a reglas geográficas o territoriales. Sin embargo, mucha agua ha pasado bajo el puente y el Derecho Internacional Privado no solo sigue vigente sino que, en los nuevos escenarios, cobra renovados matices de singular trascendencia.

En efecto, los operadores del ciberespacio, recurriendo al Derecho Internacional Privado, podrán conocer cuál es la ley aplicable a la organización de la actividad que desarrollan, a las relaciones jurídicas que celebran, e incluso podrán ponderar la licitud de sus conductas en la red y, asimismo, conocerán quién será el juez competente en caso de conflicto.

A poco que observemos más detenidamente el fenómeno de Internet y la razón de ser del Derecho Internacional Privado, veremos que más que una amenaza constituye un desafío, un estímulo para encontrar las soluciones más adecuadas a las relaciones jurídicas internacionales, en donde se hallan en juego intereses privados y se ponen en contacto diversos ordenamientos jurídicos, en este peculiar espacio virtual.

Tal como manifiesta Dreyzin de Klor (2005), “dado el carácter internacional inherente al comercio electrónico, la disciplina jurídica llamada a intervenir es el Derecho internacional privado en tanto le compete regular las situaciones jurídicas de naturaleza privada con elementos extranjeros” (p. 287).

En igual sentido, Huet (2001), profesor de la Universidad de París II (Panthéon - Assas) afirma: “Il convient, pour trancher les litiges que peuvent surgir, de mettre en œuvre les règles classiques du droit international privé. Elles fournissent un cadre de référence éprouvé et, pour une large part, des solutions satisfaisantes” (p. 2).

En similar inteligencia, Internet refuerza su necesidad, su razón de ser:

(...) le développement parfois qualifié de ‘sauvage’ de l’ internet restaure le droit international privé dans sa fonction première: assurer la protection des individus dans toutes les relations affectées c’ un élément d’ extranéité (...). En outre, c’ est bien connu: les conflits de lois naissent du trop pleine, non du vide juridique (...). Tant qu’ il existera des divergences entre les systèmes juridiques étatiques, on ne pourra faire l’ économie ni des règles de conflits de juridictions ni des règles de conflits de lois. Pour s’ en débarrasser, ce n’ est donc pas simplement d’ un *lex electronica* et de cybermagistrats dont on aurait besoin; il faudrait uniformiser tout le droit et doter les juges d’ une compétence universelle ce qui est inenvisageable étant donné les diverses traditions juridiques (Fauvarque - Cosson, 2001, p. 3).

Asimismo, el Profesor Draetta, que ha estudiado profundamente esta cuestión, refuerza el rol de Derecho Internacional Privado en estos escenarios con estas palabras:

(...) il y a lieu d’ écarter l’ opinion de ceux qui, en se basant sur le caractère incorporel et, surtout, délocalisé d’ Internet, qui est divisé en réseaux et par sites plutôt que par États, considèrent qu’ on ne peut lui appliquer les règles traditionnelles de droit international privé. L’ opinion de ces derniers est fondée sur l’ observation que, puisque des règles traditionnelles de droit international privé visent essentiellement à instaurer un rapport juridique dans un ordre bien défini, elles ne pourraient fonctionner valablement que dans un monde juridique réparti dans des ordres étatiques à caractère territorial (...) il n’ y a pas de raison apparente pour ne pas appliquer à Internet et au commerce électronique les règles de droit international privé (conflits de lois et conflits de juridictions), internes et conventionnelles, chaque fois que cette application ne présente pas de problèmes particuliers en raison de la nature technique du moyen utilisé (Draetta, 2005, p. 197).

Por lo tanto, el Derecho Internacional Privado se erige en una herramienta insustituible para regular el espacio virtual.

Sin embargo, este nuevo ámbito en el que se desarrollan un sinnúmero de relaciones jurídicas internacionales de índole privada nos lleva a preguntarnos si nuestra disciplina no requerirá de la adaptación, reformulación de algunas de sus reglas tradicionales y, en todo caso, si ello implicaría una modificación, una transformación de la naturaleza, del objeto, del método o de la finalidad del Derecho Internacional Privado.

Para algunos autores, si bien se requieren, se imponen algunas adaptaciones a los nuevos escenarios; ello de ninguna manera implica un cambio de paradigma. En este sentido se pronuncia, entre otros, Vivien Matteo (2003) refiriéndose puntualmente al ámbito contractual:

(...) desde el punto de vista *jurídico*, los contratos en el mundo virtual y en el mundo real en realidad no presentan problemas distintos. Hay dificultades de prueba, como por ejemplo, identificar al 'iniciador' del mensaje; hay dificultades con los domicilios aparentes de los comerciantes individuales o societarios que actúan en la red; también al establecer el verdadero momento de la formación de un contrato, los límites con las situaciones de la responsabilidad extracontractual y otra serie de características, pero en realidad el comercio electrónico y el comercio tradicional presentan los mismos problemas y se ajustan a los mismos principios (...) hay una adaptación de la ciencia jurídica, pero no hay ninguna *revolución* del Derecho (p. 176).

En efecto, las cuestiones de Derecho Internacional Privado vinculadas a la utilización de la red están diseminadas en las categorías existentes (delitos, contratos, etc.) que hay que adaptar pero no transformar radicalmente.

Es por ello que, según sostiene Oyarzábal (2006), el derecho aplicable a los actos realizados o contratos concluidos o ejecutados por Internet "debe diferir lo menos posible del derecho aplicable fuera de la Red en el espacio real. Ello contribuirá a dar certeza y predictibilidad a las actividades *online*". A tal fin, el autor propone que más que la construcción de un sistema nuevo, la creación de nuevas reglas para el mundo virtual, lo que es necesario es interpretar y aplicar las reglas clásicas del derecho internacional privado tradicional previstas para el mundo real a las futuras ciberdisputas, teniendo siempre en cuenta su peculiar naturaleza (p. 130).

Sin dudas, los términos y especialmente los puntos de conexión utilizados en las normas indirectas, tan típicas de nuestra disciplina, fueron pensados para funcionar en un espacio físico, territorial, estatal: lugar de celebración, lugar de

ejecución, lugar de domicilio, establecimiento o residencia habitual, lugar de comisión del acto ilícito, por enumerar tan solo aquellos criterios tradicionalmente utilizados para determinar el juez competente y la ley aplicable.

Tal como afirma Draetta (2005),

(...) dans tous ces cas, la nature incorporelle et délocalisée d'Internet a posé dès le début, et pose encore, à l'interprète de ces qualifications de nouveaux problèmes, indépendamment de la loi sur la base de laquelle la qualification doit être effectuée, qui, généralement, s'avère être la *lex fori*, c'est-à-dire la loi à laquelle appartient la règle de conflit (p. 205).

Para otros autores, en cambio, estamos ante un cambio de paradigma, presentamos una revolución del Derecho Internacional Privado. Existen nuevos problemas que solo pueden explicarse y encontrar soluciones en un nuevo paradigma.

Podríamos decir que “se encuentra en desarrollo un nuevo derecho internacional privado que supera el conflictualismo clásico, a través de un amplio reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de la utilización de técnicas de derecho uniforme (...)” (Moreno Rodríguez, 2013, p. 230).

Al respecto, González Campos (2000) nos recuerda que:

(...) la thèse de la disparition de l'ancien paradigme de la règle de conflit a déjà été soutenue en 1976 par H. U. Jessurun d'Oliveira. Néanmoins, même si l'on admet l'existence d'une 'crise' du droit international privé en tant que droit fondé sur une 'localisation' des rapports privés à caractère international rigide et purement formel, une telle conclusion ne semble pas pouvoir être admise aujourd'hui. En effet, ce qui caractérise l'état actuel de notre discipline, d'après P. Lagarde, c'est le 'pluralisme des fondements' de ses règles, le législateur de chaque système étatique pouvant choisir entre ceux-ci pour régler une matière donnée. D'où une relativité de ces fondements, car aucun principe ne cherche à remplacer les autres principes concurrents. Et, de ce fait, on peut estimer que nous sommes dans une période de transition entre l'ancien paradigme de la règle de conflit et le nouveau paradigme non encore consacré, à moins qu'il ne faille s'accommoder de cette réalité complexe, comme le soutiennent les doctrines 'postmodernes' du droit international privé (p. 33).

Este cambio de paradigma ha llevado a Pamboukis (2008) a redenominar la disciplina como “Derecho Transnacional Privado”, que sucedería al Derecho Internacional Privado que conocemos:

le droit transnational privé, succédant au droit international privé, est devenu par l'élargissement de son objet et de sa fonction plus cosmopolite et plus complet, pouvant faire face non plus seulement aux besoins nés de la diversité des ordres juridiques étatiques, mais aussi des ordres non étatiques. Non plus seulement s'agissant de la diversité, mais aussi de l'unité, et ce non pas seulement dans les espaces verticaux, mais aussi horizontaux. Et de ce point de vue le droit transnational privé devra organiser les rapports entre le local, le supranational, l'anational et le global (p. 432).

Según el destacado jurista, este nuevo derecho transnacional privado es "*plural, social et politique*". Es portador de los valores contemporáneos: expresa la libertad a través del principio de autonomía, la igualdad gracias a las normas de policía, la justicia mediante el principio de proximidad y la jurisdiccionalización, el humanismo, a través de la excepción de orden público que protege los derechos fundamentales. Su objeto es "d'ordonner la gouvernance des rapports privés transnationaux. Il a pour objet cette nouvelle taxinomie globale, de saisir et organiser l'olon, être la branche immédiate et médiante de réglementation substantielle des droits individuels" (Pamboukis, 2008, p. 432).

Realizaremos, seguidamente, una breve aproximación a las incidencias de Internet, en los dos problemas tradicionales del DIPr. Veamos.

IV. Los problemas clásicos del DIPr: la jurisdicción competente y el derecho aplicable

A la hora de procurar respuestas a los problemas de determinación de la jurisdicción y del derecho aplicable en el ciberespacio, una diferenciación que no podemos omitir es entre relaciones contractuales y extracontractuales. Si bien en ambos casos se van a presentar dificultades y desafíos de interés a la hora de regular su nacimiento, desarrollo y extinción en el espacio virtual, en el caso de los conflictos derivados de relaciones contractuales, al menos las que se celebran entre partes iguales podrán ser resueltos en virtud de la autonomía de la voluntad, mientras que en las relaciones extracontractuales, el rol de aquella es muy acotado y, para muchos, inexistente.

IV.1. En materia contractual

La primera cuestión sobre la que debemos realizar algunas apreciaciones es acerca del carácter doméstico o internacional del contrato electrónico. Solo en el segundo caso, es decir, cuando aquel presente elementos extranjeros objetivamente relevantes, tendrán operatividad las normas y los principios del Derecho

Internacional Privado y, por ende, podrá desplegar todos sus efectos la autonomía de la voluntad para preseleccionar principalmente la ley aplicable al fondo del contrato, a través de la cual, se resolverán las eventuales controversias que pudieren surgir.

Seguidamente, tendremos que determinar si es un contrato entre empresarios, profesionales o interviene un usuario o consumidor, siendo, por tanto, un contrato de consumo. Sabia distinción que tiene en cuenta la presencia de una parte más débil en su poder de negociación y que se traslada al comercio electrónico, cuando diferenciamos entre el B2B (*business to business*) y el B2C (*business to consumer*).

Tampoco es posible soslayar la diferenciación propia del comercio electrónico, entre contratación directa e indirecta, que tiene consecuencias significativas, dado que principalmente es en el primero en el que tanto la celebración como el cumplimiento de las prestaciones se lleva a cabo *online*, donde se advierten dificultades adicionales para determinar el asiento de la relación contractual.

Por su parte, la autonomía de la voluntad, tanto en el ámbito jurisdiccional, sobre el que volveremos, como respecto de la elección de la ley aplicable tiene un amplio campo de aplicación en los contratos electrónicos. De hecho, cuando de contratos entre empresarios o profesionales se trata, resulta sumamente aconsejable su ejercicio, en tanto, ante la inexistencia actual de reglas específicas, genera un alto margen de certidumbre y seguridad jurídicas.

Sin perjuicio de ello, así como la autonomía de la voluntad es un principio de reconocida trayectoria y desempeño en el ámbito de los negocios internacionales, que admite límites, en el contexto del comercio electrónico también debe reconocer restricciones. Entre las principales, el consabido orden público internacional, el fraude a la ley, las normas de policía del foro y eventualmente de un tercer Estado, la protección del usuario y consumidor, ante la posible imposición por parte del contratante profesional de la ley aplicable, muy frecuente en los denominados *click and wrap agreement*, la versión cibernética de los contratos de adhesión.

Ahora bien, la mayor dificultad la encontramos precisamente cuando los contratantes no han hecho uso de la autonomía de la voluntad, o bien habiendo elegido ley aplicable el acuerdo resulta inválido o ineficaz. Entonces, ¿los puntos de conexión clásicos en materia de contratos internacionales son apropiados cuando de contratación celebrada por medios electrónicos se trata?

Evidentemente, respecto del lugar de cumplimiento, punto de conexión previsto por el Código Civil y Comercial de la Nación (CCiv. y Com.), en defecto de elección de derecho aplicable, así como en los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940, mientras que en el comercio electrónico

indirecto no crea dificultades adicionales y peculiares; en el comercio electrónico directo, los problemas para su localización pueden ser superados si los contratantes pactaron un lugar de cumplimiento, aun cuando resulte ficticio, pues en definitiva la transacción se ejecuta en línea. De no ser así, se podría recurrir, al menos en materia de comercio B2B a la teoría de la prestación más característica, tal como también está dispuesto en nuestra fuente interna para calificar “lugar de cumplimiento” (artículo 2652) entendiendo que el prestador más característico es el denominado proveedor de servicios de la información.

Por su parte, en el caso del lugar de celebración, tal como en subsidio y a falta de determinación del lugar de cumplimiento recurren tanto el Código Civil y Comercial como el Tratado de Montevideo de 1940, su localización dependerá de la teoría adoptada respecto del perfeccionamiento de los contratos. En general, en los contratos entre empresas, se considera que el lugar de celebración coincide con el domicilio o establecimiento del proponente, del iniciador, en consonancia con la teoría de la recepción, de amplia acogida en el derecho comparado. En cambio, en los contratos de consumo, se entiende que se encuentra en el lugar de la residencia habitual del consumidor.

Cabe señalar que, en consonancia con lo dispuesto por la Convención de Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales de 2005, en todo caso debe distinguirse el establecimiento real de los domicilios virtuales, en páginas *web* o correos electrónicos, que no generan presunción fiable alguna, dado el carácter efímero y desconectado con la realidad que poseen. Estas peculiares características permitirían a cualquiera de las partes colocarse fácilmente en una posición más favorable a sus intereses, eludiendo normas imperativas. En consecuencia, optar por el domicilio virtual propiciaría la ocasión de cometer fraude a la ley. Tampoco puede considerarse establecimiento el lugar donde se encuentra el servidor o el equipo o la tecnología utilizados por cada una de las partes.

En suma, a nuestro criterio, la mejor opción está a favor de los criterios tradicionales que conectan al contrato con el mundo real, con sus circunstancias fácticas y objetivas.

Sin embargo, la complejidad que presentan algunos contratos electrónicos puede habilitar el recurso excepcional a la cláusula de escape que permite al juez inclinarse a favor de un derecho distinto al que indiquen las conexiones clásicas, siempre que funde razonablemente la existencia de un derecho más próximo, que posea vínculos más estrechos con el contrato (artículo 2653 CCiv. y Com.).

Por otra parte, en los contratos electrónicos de consumo la protección de la parte más débil, del denominado “consumidor pasivo”, amerita la limitación de la

autonomía de la voluntad y su protección por las leyes del lugar de su residencia habitual, si resultaran más favorables.

En efecto, los ordenamientos jurídicos nacionales contienen tales normas para la protección de estos sujetos considerados jurídicamente débiles, cuyo conocimiento es de particular importancia si consideramos que la web es un incomparable medio de difusión, publicidad, exhibición, oferta y venta de bienes y servicios a los consumidores de la aldea global. En consecuencia, las normas del foro protectorias del consumidor podrían desplazar la legislación extranjera elegida en un contrato B2C. Ya la Convención de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 1980, en su artículo 5, preveía este límite a la autonomía de las partes (1). En similares términos se expresa el actual Reglamento (CE) N° 593 del 17 de junio de 2008 sobre la misma materia en su artículo 6.2.

La importancia de esta limitación radica principalmente en el considerable número de contratos de consumo, generalmente por adhesión, que actualmente se celebran *online* (2).

Recordemos que en lo que concierne al Código Civil y Comercial de la Nación Argentina está prohibido el ejercicio de la autonomía de la voluntad en los contratos de consumo (artículo 2651, última parte).

En tanto que el Acuerdo sobre Derecho Aplicable en Materia de Contratos Internacionales de Consumo (Mercosur/CMC/DEC. N° 36/17), aún no vigente, diferencia la determinación del derecho aplicable según los contratos sean celebrados en el estado del domicilio del consumidor y cuando se celebran fuera de este. En el primer caso, los contratos, especialmente en caso de contratación a distancia, se rigen por el derecho elegido por las partes, quienes pueden optar por el derecho del domicilio del consumidor, del lugar de celebración o cumplimiento del contrato o de la sede del proveedor de los productos o servicios. El derecho elegido será aplicable siempre que fuera más favorable al consumidor. En el segundo caso, se rigen por el derecho elegido por las partes, quienes pueden optar válidamente por el derecho del lugar de celebración o de cumplimiento del contrato o por el del domicilio del consumidor. El derecho elegido también será aplicable siempre que fuera más favorable al consumidor.

(1) El artículo 5 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales establecía que: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3 la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual".

(2) Sin embargo, algunos autores han advertido que no debería hacerse una aplicación indiscriminada de la ley del domicilio o residencia habitual del consumidor fundada simplemente en las particularidades de las nuevas tecnologías y formas de comunicación (Oyarzábal, 2003, p. 3).

Podemos apreciar que el acuerdo sigue la tendencia predominante en la materia, que consiste en admitir la autonomía de la voluntad, pero limitada y en tanto la elección del derecho aplicable resulte en beneficio del consumidor (orientación material). Es decir, la elección debe recaer en algunas de las leyes alternativas que menciona la norma de forma taxativa a modo de catálogo.

Por su parte, para el caso en el que las partes no hayan ejercido la autonomía de la voluntad, se aplicará: 1) el derecho del domicilio del consumidor en el caso de la contratación internacional a distancia cuando el consumidor está en el país de su domicilio, y 2) el lugar de celebración para el caso de contratación internacional cuando el consumidor está fuera de su estado de domicilio.

El acuerdo del Mercosur especialmente se ocupa del caso de la contratación en línea, en la cual la elección del derecho aplicable debe estar expresada en forma clara y destacada en todas las informaciones brindadas al consumidor (Scotti, 2019).

En materia jurisdiccional, consideramos que en los contratos B2B, el acuerdo de elección de foro debe tener un reconocimiento amplio. A tales fines, resulta imperiosa la recepción del principio de equivalencia funcional en relación con el propio acuerdo o pacto de selección de juez de tal modo que se le reconozca la misma validez formal ya sea que se celebre por medios electrónicos o por escrito, en el sentido clásico del término. Así lo ha entendido el legislador argentino en el artículo 2607 CCiv. y Com.

En cuanto a las relaciones B2C, debe estudiarse cautelosamente el acuerdo de prórroga. Habría que analizar caso por caso a fin de dilucidar si fue impuesta al consumidor de modo abusivo y sobre todo si su puesta en práctica implica una limitación al acceso a la justicia. En el caso del derecho argentino, de fuente interna, la elección de foro está vedada en los contratos de consumo (artículo 2654 CCiv. y Com.).

Respecto de los criterios subsidiarios atributivos de jurisdicción, entendemos que debe reconocerse, con cierta flexibilidad, un abanico de foros disponibles, siempre que posean alguna vinculación razonable con la controversia, que permitan el ejercicio acabado del derecho de defensa en juicio y el efectivo reconocimiento y ejecución extraterritorial de la sentencia que recaiga en el asunto, tal como en líneas generales, lo hace el artículo 2654 CCiv. y Com.

Por su parte, en las relaciones empresariales, el arbitraje comercial internacional tiene reconocidas y probadas ventajas que son trasladables al contexto electrónico. Ello fue tenido en cuenta para la modificación de las exigencias de forma del acuerdo arbitral por UNCITRAL/CNUDMI en la versión 2006 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, la que fuera adoptada por nuestro país a través de la sanción de la Ley 27.449.

IV. 2. En materia extracontractual

Respecto de la responsabilidad civil extracontractual, debe tenerse en cuenta que los daños que se producen mediante Internet (a la intimidad, a la imagen, a la dignidad, al honor, a la libertad sexual, a la propiedad intelectual e industrial, a los consumidores, a los menores, a través de la pornografía, del tráfico de armas, etc.) pueden alcanzar a todo el globo, pueden diseminarse en cada país del mundo. Los ilícitos por Internet son “ilícitos a distancia” e ilícitos producidos en varios países.

Surge, entonces, un interrogante inmediato: ¿cómo podrán sancionarse la inmensa variedad de actos ilícitos en la red e indemnizar a las víctimas cuando el daño puede ser sufrido en todos los países del mundo a la vez? Sin dudas, estamos ante una situación inédita.

En relación con la ley aplicable, el criterio clásico es el lugar de comisión del delito (*lex loci delicti*). Es una antigua discusión entre los iusprivatistas, si la *lex loci delicti* es la ley del lugar de generación o de producción del daño (por esta última se ha inclinado nuestro legislador en el artículo 2657 CCiv. y Com.).

En Internet el debate se centra en la ley del país de emisión *vs.* la/s ley/es del/de los país/es de recepción. Optar por la ley del país de emisión tiene por principales ventajas brindar previsibilidad para el autor del daño, y la mayor factibilidad en el reconocimiento y ejecución de sentencia en dicho país (deber ser considerado un ilícito en el país de emisión para obtener la ejecución de la sentencia). Elegir el criterio de la ley del país de recepción impide el riesgo de transferencia de los servidores a potenciales paraísos - internet (con leyes muy liberales). Además, milita a su favor el principio de reparación integral del daño. Sin embargo, la desventaja es la potencial aplicación de todas las leyes del planeta, aún contradictorias entre sí, generando una decisión inejecutable. Ello afecta la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva. Es evidente que el eventual responsable no puede comprometerse a cumplir numerosas leyes a la vez. Así, corremos el riesgo de paralizar el desarrollo del comercio electrónico pues resulta imposible conformar a todas las leyes de los países de recepción, ya que cada Estado donde hay una computadora y una conexión telefónica constituiría lugar del delito.

En materia de jurisdicción, en el ámbito de Internet (3), la posibilidad de *forum shopping* es mucho mayor debido a la multiplicidad de foros disponibles. En

(3) En dos casos resueltos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), el Abogado General Cruz Villalón en dos asuntos acumulados, eDate Advertising (C 509/09) y Martínez y Martínez (C 161/10), rechaza la mera accesibilidad de la información en un país como fundamento para la atribución de competencia a sus tribunales (*vgr.* casos “Yahoo” y “Gutnick”) y propone que el artículo 5.3 del Reglamento Bruselas I atribuye también competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde se localice el “centro de gravedad del conflicto”. Dicho lugar sería el Estado miembro

efecto, el daño puede ser considerado virtualmente sufrido en todos los países en los que la información dañina pueda ser accesible. En este sentido, cabe preguntarse: ¿qué entendemos por el lugar donde el daño se generó y dónde se produjo? Nos hallamos en presencia de un problema de calificaciones. En cualquier caso, el lugar del domicilio del demandado siempre será considerado un foro razonable.

V. Mecanismos alternativos para la solución de controversias en Internet

Los “ODR” (*Online Dispute Resolution*) son aquellos métodos de resolución de conflictos que se llevan a cabo mediante el uso de la tecnología de la información y de la comunicación, especialmente Internet. En principio, se desarrollan de forma completamente virtual, pero pueden configurarse también de manera híbrida mediante la celebración de una o varias sesiones presenciales, llevándose a cabo las etapas básicas del procedimiento (presentación de escritos, notificaciones, deliberaciones y resultados) mediante el uso de la tecnología, principalmente, el email, el chat, mensajes instantáneos, la teleconferencia o la videoconferencia.

Estos métodos han surgido y se han implementado en aquellos conflictos derivados de las transacciones celebradas vía Internet. Sin embargo, nada obsta para que se amplíe su ámbito de actuación.

Entre las ventajas que brindan los mecanismos alternativos de resolución de controversias *online* podemos mencionar: son flexibles, rápidos y efectivos; eliminan los gastos e incomodidades de los traslados, ya que se puede participar activamente a distancia, cruzando las fronteras estatales, sin trasladarse físicamente; son seguros y confidenciales ya que la tecnología brinda diversos mecanismos de seguridad, como la encriptación de datos, la firma digital, entre otros; evitan los inconvenientes del “*face to face*”, la mala interpretación de expresiones faciales o gestos corporales, el lenguaje amenazador, los actos violentos, que ocasionan animosidad en los contrincantes y pueden llevar a una escalada del conflicto. La distancia entre ellos muchas veces puede ser necesaria para el éxito en la búsqueda de la mejor solución. Además, pueden proveer la especialización y la *expertise* que requieren muchas disputas para ser analizadas, comprendidas, y solucionadas.

No obstante, también se advierten algunas desventajas: la inexistencia de reglas y principios claros en la materia; la existencia de barreras lingüísticas; la falta de transparencia y de credibilidad de los sitios web que brindan estos servicios; la falta de seguridades en el intercambio de documentación confidencial; la falta de comunicación verbal, del lenguaje del cuerpo, de los sonidos, que en muchas ocasiones contribuyen a alcanzar una solución del diferendo; la poca familiaridad

de la UE en cuyo territorio la información litigiosa resulta objetiva y particularmente relevante y donde, al mismo tiempo, el titular del derecho de la personalidad tiene su “centro de intereses”.

de muchas personas con estos métodos e incluso la falta de acceso de porciones importantes de la humanidad.

Sin embargo, el mayor escollo que encontramos a los ODR en cualquier ámbito son las escasas posibilidades de ejecución judicial que pueden tener estos acuerdos ante la carencia de marcos legales adaptados a la solución *online* de disputas.

Cabe señalar, como un avance en materia de ODR, que en su 43º período de sesiones, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), “observando el rápido aumento de las operaciones transfronterizas que se realizan en línea y, paralelamente, la necesidad de contar con mecanismos encaminados a resolver las controversias que traen aparejadas esas operaciones”, decidió emprender un estudio en la esfera de la solución de controversias en línea. En tal inteligencia aprobó las Notas técnicas sobre la solución de controversias en línea (4) en su 49º período de sesiones, celebrado en 2016. Constituye un instrumento descriptivo no vinculante en el que se recogen los elementos del sistema de solución de controversias en línea, cuya finalidad es promover el desarrollo de la ODR y prestar asistencia a los administradores ODR, las plataformas ODR, los terceros neutrales y las partes en un proceso ODR.

La introducción advierte que la ODR abarca una amplia gama de enfoques y formas (por ejemplo, el mecanismo del *ombudsman*, las juntas de reclamaciones, la negociación, la conciliación, la mediación, el arreglo facilitado, el arbitraje y otros), incluidos los procesos híbridos que puedan llegar a existir, con elementos tanto en línea como fuera de línea.

Las Notas técnicas reflejan enfoques, en relación con los sistemas ODR, que respetan los principios de imparcialidad, independencia, eficiencia, eficacia, debido proceso, equidad, rendición de cuentas y transparencia.

El propósito es que las Notas técnicas se utilicen para resolver controversias emanadas de contratos transfronterizos de compraventa o de servicios de poca cuantía celebrados por medios de comunicación electrónicos.

VI. Beneficios y desafíos de las TIC en el sector de la cooperación jurídica internacional

Ahora bien, en el sector de la cooperación jurídica internacional, Internet y las nuevas tecnologías nos abren un horizonte muy amplio para indagar múltiples formas de facilitarla.

(4) Recuperado de https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/v1700385_spanish_technical_notes_on_odr.pdf [Fecha de consulta: 22/01/2020].

En general, el incremento de las relaciones privadas internacionales ha determinado, consecuentemente, un considerable aumento de los litigios suscitados en torno a ellas. Ante esta realidad, asistimos a un significativo auge normativo de la cooperación procesal internacional y sus cuestiones conexas (Tellechea Bergman, 2009).

Como bien destaca Fernández Arroyo (2008),

(...) al día de hoy resulta una verdad de perogrullo que las cuestiones 'procesales' y 'cooperacionales' del DIPr. han desplazado en su interés y desarrollo a las que conciernen al derecho aplicable al fondo, las cuales tradicionalmente habían sido consideradas como el contenido esencial —y, en algunos casos, único— de la disciplina (p. 295).

En primer lugar, recordemos que el instituto de la cooperación consiste en la entrea ayuda que se prestan los órganos jurisdiccionales de los Estados con el propósito de no interrumpir la continuidad de un proceso incoado ante un tribunal, que se ve necesitado de solicitar asistencia a otro tribunal foráneo (Dreyzin, 2010, p. 264).

Incluye

(...) toda actuación procesal desplegada en un Estado al servicio de un proceso incoado o a incoarse en otro. Actividad originada en providencias emanadas de órganos jurisdiccionales extranjeros, cuya finalidad es lograr que el proceso se entable, se desarrolle o se afiance en sus resultados, a través de acciones que los órganos jurisdiccionales locales han de llevar a cabo (Tellechea Bergman, 2002, p. 219).

Sin dudas, las nuevas tecnologías pueden facilitar y agilizar la cooperación interjurisdiccional, máxime si la comprendemos como una obligación internacional de todo Estado (artículo 2611 CCiv. y Com.).

El establecimiento e implementación de la figura de las autoridades centrales, a partir del Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 sobre notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial (5), constituyó un significativo avance en la agilización y eficiencia de la cooperación jurídica internacional, sobre todo en comparación con las modalidades tradicionales que implicaban que toda solicitud o petición de cooperación en otro Estado pasaba del órgano jurisdiccional que lo solicitaba, a través

(5) Es de destacar que una figura similar a la autoridad central la encontramos ya en el Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero.

del Ministerio de Justicia y del de Relaciones Exteriores, a los respectivos del otro Estado, que debían hacerla llegar al órgano jurisdiccional destinatario que practicaba el pedido solicitado, volviendo la comisión, una vez cumplimentada y por las mismas vías, al órgano jurisdiccional requirente.

Este mecanismo ha sido calificado como:

Un largo camino, de dudosa efectividad, y generador de plazos tan amplios como inasumibles, si lo que se pretende es conseguir hacer efectiva la tutela judicial en el ámbito internacional. La globalización, la supresión de 'fronteras' en algunos espacios jurídicos internacionales, y una mayor transparencia y confianza mutua en el ámbito de la cooperación internacional, han ido puliendo formas de cooperación y comunicación tradicionales y generando nuevos mecanismos o herramientas acordes a las nuevas tecnologías que, en el siglo XXI, forman parte ya del trabajo cotidiano de los operadores jurídicos (Forcada Miranda, 2017, p. 47).

Sin embargo, la mayoría de las normas vigentes contienen exigencias que no se compadecen con las tecnologías de comunicación que hoy tenemos a disposición.

En pos de una interpretación más favorable a la implementación de las TIC, el artículo 4.5 de los Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (Principios TRANSJUS), aprobados por la Asamblea de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, en su reunión celebrada en Buenos Aires, el 12 de noviembre de 2016 (6) señala que:

(...) el Estado requerido aplicará e interpretará las normas de cooperación interjurisdiccional de manera especialmente flexible, minimizando la relevancia de los formalismos. Los tribunales del Estado requerido podrán actuar de oficio y emprender las adaptaciones normativas que sean necesarias para lograr la realización de la actuación procesal correspondiente. Cuando la ley no señale una forma, método o modo determinado para llevar a cabo algún acto de cooperación solicitado por el Estado requirente, los tribunales del Estado requerido tienen la facultad de tomar todas aquellas medidas idóneas para lograr el objetivo de la asistencia requerida, resguardando siempre las garantías procesales fundamentales.

Se desprende de este Principio la necesidad de buscar el delicado equilibrio entre el deber de cooperación, a través de medios disponibles e idóneos y el respeto de las garantías del debido proceso.

(6) Recuperado de <http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2018/08/ASADIP-TRANSJUS-ES-FINAL18.pdf> [Fecha de consulta: 22/01/2020].

Sin dudas, “la utilización de las TIC (técnicas de la información y la comunicación) puede representar una gran ayuda para el diligenciamiento de soluciones ‘on line’” (Cerdeira, 2017, p. 126), y en consecuencia se erigen medios de fácil disposición e implementación para la cooperación entre autoridades de distintos Estados, pero que corresponderá regular a fin de garantizar los derechos de las partes.

Tal como señala Vescovi (2019),

(...) en los últimos años hemos asistido, con el desarrollo de los medios de comunicación y la tecnología, a la posibilidad de comunicaciones directas entre los jueces de diferentes países (o autoridades centrales), audiencias por video conferencia, se comienza a vislumbrar la posibilidad del exhorto electrónico (lo que eliminaría las otras vías de transmisión, tanto más lentas). Además de todo ello se han instrumentado guías de buenas prácticas para que los temas burocráticos no enlentecan, dificulten o impidan la cooperación, redes de contacto, jueces de enlace, etc. (...). Todo lo anterior ha contribuido, sin duda, al mejoramiento del acceso a la justicia, por parte de los ciudadanos. Pero (...) aún falta bastante por hacer (p. 6).

Mencionaremos, a continuación, algunos de los avances realizados hasta el momento.

VI.1. Comunicaciones judiciales directas (7)

Los medios de comunicación, generados a través de las nuevas tecnologías, bajo los que las comunicaciones judiciales directas pueden establecerse es un tema de interés actual de los foros internacionales. La necesidad de métodos seguros de comunicación, el uso de plataformas creadas ad hoc para los miembros de la Red Internacional de Jueces de La Haya, y el acceso a las nuevas tecnologías, como la videoconferencia, con la finalidad de hacer confiables y seguras las comunicaciones judiciales directas, son temas de “preocupación, tanto para la Conferencia de La Haya como para muchos miembros de la IHNJ, a quienes sus gobiernos no proveen de correos electrónicos oficiales, viéndose obligados a recurrir a plataformas de escasa o nula seguridad por referencia a Yahoo, Hotmail y Gmail” (Forcada Miranda, 2017, p. 390).

(7) Las comunicaciones judiciales directas internacionales (CJD) “son comunicaciones entre dos autoridades judiciales de distintos países que se desarrollan sin la intervención de una autoridad administrativa (autoridades intermediarias), como es el caso habitual de los exhortos internacionales que tramitan usualmente a través de Cancillerías y/o Autoridades Centrales designadas por el propio país (generalmente administrativas)” (Goicoechea, 2016, p. 136).

En efecto, los miembros de la Red de La Haya enfatizaron la importancia de que la Conferencia de La Haya implemente, tan pronto como sea posible, medios de comunicación segura basados en internet, como correo electrónico seguro y sistemas de videoconferencia, con miras a facilitar el trabajo en red y reducir los costos derivados de las comunicaciones telefónicas (Reunión Interamericana de Jueces y Autoridades Centrales de la Red Internacional de La Haya sobre Sustracción Internacional de Menores, 2011).

De hecho, existe una íntima relación entre los medios tecnológicos que pueden emplearse para facilitar y mejorar las comunicaciones judiciales directas, por un lado, y las garantías y salvaguardias que deben preservarse, por el otro.

Además, es una realidad innegable que no todos los Estados han alcanzado el mismo o similar nivel tecnológico ni todos los operadores jurídicos, principalmente los jueces en este caso, están igualmente capacitados.

Sin perjuicio de las comunicaciones por correo electrónico y por videoconferencia, de la que nos ocuparemos seguidamente, una cuestión que ha despertado un particular interés es la creación e implementación de plataformas seguras de comunicación, diseñadas especialmente para la cooperación internacional con la finalidad de dotarla de mayor seguridad, como son los sistemas denominados Iber@ en IberRed y Groove en el ámbito de la OEA, el Compendium en la Red Judicial Europea Civil y Mercantil y el sistema de comunicación de Eurojust.

A su turno, la Conclusión N° 66 sobre uso de la informática para apoyar el establecimiento de contactos y las comunicaciones de la Séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores y del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños (10-17 de octubre de 2017) indica que reconoce el valor del uso de la tecnología de la información para una comunicación eficiente y para compartir información, e invita a la Oficina Permanente a continuar explorando, si la existencia de recursos lo permite, el desarrollo de un sistema seguro de comunicación, como un servicio de videoconferencias seguro, en particular para los miembros de la RIJLH.

Asimismo, el Proyecto de documento para informar a abogados y jueces sobre comunicaciones judiciales directas en casos específicos en el marco de la Red Internacional de Jueces de la Haya expresa que los jueces deben usar las opciones tecnológicas más apropiadas para facilitar una comunicación lo más eficiente y rápida posible (Conferencia de La Haya, 2017).

VI.2. La videoconferencia

Dentro de las TIC cumple un rol destacado la videoconferencia, que ha sido definida como:

un sistema interactivo de comunicación que transmite simultáneamente y 'en tiempo real' la imagen, el sonido y los datos a distancia (en conexión punto a punto), permitiendo relacionar e interactuar, visual, auditiva y verbalmente, a un grupo de personas situadas en dos o más lugares distintos como si la reunión y el diálogo se sostuviese en el mismo lugar. En definitiva, mediante la videoconferencia se conectan entre sí varios puntos distantes. En cada punto se sitúa un equipo que transmite la imagen y el sonido del acto que se está practicando y que, al mismo tiempo, recibe en un monitor de alta resolución la imagen y el sonido de lo que está ocurriendo en el otro punto. Con ello se permite una comunicación bidireccional plena en tiempo real en el que el efecto es un 'acto' o 'reunión' al que asisten personas que se encuentran en lugares diferentes (Tirado Estrada, 2017, p. 154).

Como destaca Goicoechea (2016), "la videoconferencia es una herramienta que se viene incorporando paulatinamente a la práctica de la cooperación judicial internacional" (p. 142), siendo utilizada con más frecuencia en materia penal, tanto a nivel interno como a nivel internacional, pero también en materia de restitución internacional de niños y en otros ámbitos civiles y mercantiles.

En el ámbito de la cooperación penal, varios instrumentos admiten el recurso tecnológico de la videoconferencia, tales como el Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado en el marco de la Conferencia de Roma el 17 de julio de 1998; el Convenio Europeo relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal, aprobado el 29 de mayo de 2000 por el Consejo de Ministros de Justicia y Asuntos Exteriores de la Unión Europea; el Segundo Protocolo Adicional de 2001 (Estrasburgo, 8 de noviembre de 2001) a la Convención Europea de Asistencia Mutua en Materia Penal, suscrita en Estrasburgo el 20 de abril de 1959 por los miembros del Consejo de Europa; la célebre Convención de Palermo de 2000 sobre Delincuencia Organizada Transnacional, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, de Mérida, 2003, entre los principales.

En el ámbito de la cooperación civil, la Conclusión N° 4 de la Comisión Especial de 2003 de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que evaluó el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1970 sobre obtención de pruebas en el extranjero (conjuntamente con los Convenios de la Apostilla de 1961, y Notificaciones de 1965), estableció que si bien la aplicación de las nuevas tecnologías no había sido considerada al momento de la negociación de estos

instrumentos, el espíritu y letra de dichos Convenios no constituía un obstáculo para su utilización, y sin lugar a dudas el funcionamiento de estos Convenios se vería optimizado sustancialmente mediante la aplicación de las nuevas tecnologías. En igual sentido se pronunció la Conclusión N° 55 de la Comisión Especial de 2009.

Asimismo, la Comisión Especial de 2014 sobre la obtención de pruebas mediante enlaces de video recordó que su uso para facilitar la obtención de pruebas en el extranjero es compatible con el marco del Convenio sobre Obtención de Pruebas. Reconoce, asimismo, que el artículo 17 de tal tratado no impide que un miembro del personal judicial del tribunal requirente (u otra persona debidamente designada), situado en un Estado contratante, pueda interrogar a una persona que se encuentra en otro Estado contratante mediante enlace de video.

En la Unión Europea, el Reglamento (CE) N° 1206/2001 del Consejo, del 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, prevé expresamente el uso de la videoconferencia para la obtención de pruebas en el extranjero (artículos 10 apartado 4 y 14 apartado 4).

Asimismo, el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, en su considerando 53 expresa que cuando no sea posible oír a una parte o a un menor en persona, y cuando se disponga de los medios técnicos necesarios, el órgano jurisdiccional puede considerar la posibilidad de celebrar una audiencia mediante videoconferencia o por cualquier otro medio de tecnología de la comunicación, a menos que, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, el uso de dicha tecnología no fuera adecuado para el correcto desarrollo del proceso.

Es destacable que en diciembre de 2010 la Conferencia de Ministros de Justicia de Iberoamérica (COMJIB), reunida en Mar del Plata, aprobó el “Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia”, y su Protocolo Adicional, en vigor desde el 17 de julio de 2014.

El mencionado Convenio favorece el uso de la videoconferencia entre las autoridades competentes de los Estados Partes como un medio concreto para fortalecer y agilizar la cooperación mutua en materia civil comercial y penal y en otras materias que las Partes acuerden de manera expresa (artículo 1).

VI.3. El exhorto electrónico

Párrafo aparte merece la implementación de la tecnología para la transmisión de los exhortos a autoridades extranjeras.

Al respecto, Véscovi (2019) advierte que: “En el estado actual del desarrollo de la tecnología, casi que no tiene más sentido la existencia del exhorto físico, debemos implementar urgentemente la vía del exhorto electrónico” (p. 14).

Especialmente en el ámbito penal,

(...) las Autoridades Centrales designadas para ciertos convenios están recibiendo, con relativa frecuencia, exhortos electrónicos que se adelantan en medio electrónico (generalmente por correo electrónico, y en algunos casos a través de sistemas de comunicación segura -eg. ‘Groove’ o ‘Iber@’). En estos casos generalmente las Autoridades Centrales están llevando adelante diligencias en base al documento recibido en forma electrónica y para cuando llega el documento en soporte papel, la diligencia ya se ha realizado y por ende el documento papel se archiva. Es decir, en cierta medida el papel se está tornando obsoleto (Goicoechea, 2016, p. 148).

También las solicitudes de restitución internacional de niños suelen ser anticipadas a través de correo electrónico, para poder dar comienzo al trámite en forma inmediata dada la urgencia del tipo de procedimiento.

En tal sentido, la Comisión Especial de 2014 sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya sobre Notificación, Obtención de Pruebas y Acceso a la Justicia señaló que el funcionamiento práctico del Convenio sobre Obtención de Pruebas mejoraría si se lograra la ejecución de las cartas rogatorias con más rapidez, y si se optimizaran las comunicaciones con las autoridades centrales, en especial con el uso del correo electrónico en todas las etapas de la ejecución de las cartas rogatorias.

En este tema reviste particular interés el Tratado de Medellín, relativo a la Transmisión Electrónica de Solicitudes de Cooperación Jurídica Internacional entre Autoridades Centrales, aprobado en la Asamblea Plenaria Extraordinaria de La Antigua, Guatemala, en 2018, cuya firma fue finalmente habilitada en la XXI Asamblea Plenaria de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB), celebrada en la ciudad de Medellín, Colombia, los días 24 y 25 de julio de 2019. Este Tratado fue firmado por Argentina, Brasil, Colombia, Chile, España, Paraguay, Portugal y Uruguay (8).

(8) No se encuentra aún en vigor. Para ello, el Tratado exige que se depositen al menos tres instrumentos de ratificación o adhesión y que transcurran 90 días naturales desde el depósito del último

Este acuerdo internacional no contiene nuevos requisitos formales, procesales o sustanciales de los exhortos, sino que complementa los tratados que se encuentren vigentes en materia de cooperación a fin de facilitar la transmisión de los exhortos a través de la plataforma Iber@ (9). Por ende, el pedido de cooperación será efectuado por las autoridades judiciales en virtud y conforme los tratados internacionales o, en su defecto, de las normas de fuente interna en materia de cooperación. Así lo dispone el artículo 8.

En definitiva, el objetivo principal del tratado es la regulación del uso de la plataforma Iber@ “como medio formal y preferente de transmisión de solicitudes de cooperación jurídica internacional entre Autoridades Centrales, en el marco de los tratados vigentes entre las partes y que contemplen la comunicación directa entre dichas instituciones” (artículo 1). En la práctica, su implementación eliminaría completamente la transmisión en soporte papel.

VII. A modo de colofón

Internet, la web, el espacio virtual, el mundo cibernético constituyen un escenario novedoso, inusitado, asombroso, que origina múltiples oportunidades a quienes desean operar en él. Sin embargo, a la vez, trae consigo una gran incertidumbre jurídica, que conspira en gran medida con su pleno despliegue y evolución.

Los operadores del Derecho, legisladores, jueces, abogados, asesores legales, docentes e investigadores tienen ante sí un desafío importante: crear, proponer, evaluar y aplicar reglas jurídicas idóneas para este nuevo ámbito, que, en definitiva, fue creado por el propio hombre.

El mundo real y el virtual interactúan en forma permanente. Las relaciones sociales, y también las jurídicas, se llevan a cabo en uno y otro espacio, que en algunos casos compiten y en otros se complementan.

de ellos (artículo 11.5). Además, su vigencia está condicionada a: 1) la previa aprobación del Reglamento de financiación de la plataforma Iber@; 2) la puesta en conocimiento de las Partes de un manual técnico de Iber@, que defina parámetros, especificaciones y requisitos técnicos y de seguridad, encriptación y protección de datos, que la plataforma deberá respetar; 3) el completo funcionamiento de la plataforma Iber@, de conformidad con lo establecido en el Manual técnico.

(9) Iber@ es una página web de la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed) con un acceso público y otro privado que constituye un sistema de comunicación seguro para los puntos de contacto y autoridades centrales. La seguridad del sistema Iber@ y su fácil uso y accesibilidad permiten un “entorno colaborativo 2.0” por el cual los miembros pueden interactuar para optimizar la gestión del conocimiento con respecto a lo desarrollado por IberRed. Además, Iber@ no requiere de un software, permitiendo su uso desde cualquier computadora gracias a su sistema de autenticación, y permitiendo también una comunicación segura y en tiempo real, sin importar dónde se encuentra el punto de contacto.

Dado que no son compartimentos estancos, tampoco pueden ser tratados como espacios jurídicos desconectados, porque en definitiva somos los mismos seres humanos los que nos movemos, comunicamos, comerciamos, nos relacionamos en uno y en el otro. Los problemas suelen ser los mismos o muy similares y, en consecuencia, las soluciones no pueden ser divergentes.

Cualquier distinción de fondo al regular los conflictos jurídicos que surgen en el mundo real y en el mundo virtual conspiraría con el principio de no discriminación y de neutralidad tecnológica, pilares elementales de Internet y del comercio electrónico. En tal sentido, una premisa básica a tener en cuenta consiste en evitar asimetrías sin fundamento jurídico real entre los criterios aplicables a las relaciones jurídicas tradicionales y a las que se desarrollan *online*.

El Derecho Internacional Privado puede jugar un rol destacado, en tanto y en cuanto este medio es eminentemente internacional y tiene la suficiente virtualidad para permitir un crecimiento exponencial de las relaciones jurídicas transfronterizas entre particulares.

Nuestra disciplina cuenta con una pluralidad de fuentes, de origen nacional, internacional, regional, y transnacional, de carácter vinculante (*hard law*) y no vinculante (*soft law*), que de modo coordinado y coherente están suficientemente capacitadas para dar respuestas idóneas a los problemas que se presentan en el ciberespacio. Asimismo, el pluralismo metodológico es una característica del DIPr actual y contribuye a modelar mejor las respuestas jurídicas, ya sea a través de reglas de conflicto, de normas de derecho uniforme, y cuando sea necesario, de normas de policía.

La co-regulación en el Derecho Internacional Privado es factible a través de la labor conjunta de los Estados, de las organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales e incluso, de los agentes privados que tejen y destejen las reglas que entienden son las más apropiadas para regir sus negocios.

En el área de libre disponibilidad de los sujetos privados, la autonomía de la voluntad, las reglas de *soft law*, la *lex mercatoria* y su nueva versión como *lex electrónica* juegan un rol central.

Sin embargo, los Estados tienen aún un papel preponderante. Existen intereses públicos, valores, bienes jurídicos tutelables de los que aquellos no se pueden desentender. Para ello, las normas jurídicas clásicas, de carácter obligatorio, preferentemente de fuente convencional y subsidiariamente, de índole interna, respaldadas en cualquier caso por el monopolio de la fuerza pública, resultan de toda necesidad y eficacia.

Por otro lado, en el ámbito jurisdiccional, los criterios que determinen la competencia de los tribunales nacionales deben garantizar una tutela judicial efectiva de todos los operadores y usuarios de Internet, a través de la amplia disponibilidad de foros razonables que presenten contactos suficientes y concretos con el caso.

A su turno, las nuevas tecnologías de la información bien pueden aprovecharse útilmente en los procedimientos judiciales y arbitrales tradicionales, a los fines de alcanzar una cooperación jurídica internacional eficaz. Asimismo, los mecanismos de solución de controversias *online*, principalmente en el ámbito de las cuestiones patrimoniales son una alternativa expedita para brindar soluciones a los justiciables.

En suma, la complejidad de la sociedad de la información impone, exige soluciones renovadas, plurales, a través de una multiplicidad de fuentes estatales y extraestatales, en donde actores públicos y privados deben cumplir sus respectivos roles para el logro de una óptima gobernanza global.

VIII. Bibliografía

Albornoz Barriento, J. y Magdic, M. (2013). Marco jurídico de la utilización de videoconferencia en materia penal. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 2, N° 1 (pp. 229-260). DOI 10.5354/0719-2584.2013.27012 [Fecha de consulta: 22/01/2020].

Albornoz, M. M. y Paredes, S. (2019). Nuevo Tratado de Medellín: la tecnología de la información al servicio de la cooperación internacional. *Derecho en Acción*, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE). Recuperado de <http://derechoenaccion.cide.edu/nuevo-tratado-de-medellin-la-tecnologia-de-la-informacion-al-servicio-de-la-cooperacion-internacional/> [Fecha de consulta: 22/01/2020].

Burnstein, M. (1995). Conflicts on the net: choice of law in transnational cyberspace. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, N° 29 (pp. 75-87).

Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. (2001a). *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*. Madrid: Ed. Colex.

Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. (2001b). Problemas de extraterritorialidad en la contratación electrónica. En J. A. Echebarría Sáenz (coord.), *El comercio electrónico* (pp. 145-217). Madrid: Edisofer.

Cerdeira, J.J. (2017). Buenas prácticas y nuevas tecnologías en la cooperación penal en el MERCOSUR. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión (STPR)*, año 5, N° 10 (pp. 117 - 131). DOI 10.16890/rstpr.a5.n10.p117. Recuperado

de <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/263/364> [Fecha de consulta: 22/01/2020].

De Miguel Asensio, P. A. (2001). *Derecho Privado de Internet*. Madrid: Civitas.

Draetta, U. (2005). Internet et commerce électronique en droit international des affaires. *Recueil des cours*, Vol. 314 (pp. 9-232).

Dreyzin de Klor, A. (2005). Derecho Aplicable al Comercio Electrónico. *Revista Seqüência*, N° 50 (pp. 273-299).

Dreyzin de Klor, A. (2010). La cooperación jurídica internacional: instrumento imprescindible para la integración. En A. Oropeza García (coord.), *Latinoamérica frente al espejo de su integración (1810-2010)* (pp. 263-284). México: UNAM. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2923/19.pdf> [Fecha de consulta: 22/01/2020].

Fauvarque - Cosson, B. (2001). Le droit international privé classique à l'épreuve des réseaux. *Coloqne Droit de l'Internet: approches européennes et internationales*, 19 y 20 de noviembre (pp. 2-3). Recuperado de <http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html> [Fecha de consulta: 22/01/2020].

Fernández Arroyo, D. P. (2008). Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana. En E. Picand Albónico y H. Llanos Mansilla (coords.), *Estudios de derecho internacional: libro homenaje al profesor Santiago Benadava* (pp. 293-326), vol. 2. Santiago de Chile: Librotecnia. Recuperado de <http://www.oas.org/dil/esp/293-326%20Diego%20Fern%C3%A1ndez%20A.%20def.BIS.pdf> [Fecha de consulta: 22/01/2020].

Forcada Miranda, F. J. (2017). *Comunicaciones Judiciales Directas y Cooperación Jurídica Internacional. Una Propuesta de Guía Práctica Española para casos específicos a la luz de los Trabajos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado* (Tesis doctoral). Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Madrid. Recuperado de http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:ED-Pg-DeryCSoc-Fjforcada/FORCADA_MIRANDA_FranciscoJavier_tesis.pdf [Fecha de consulta: 22/01/2020].

Goicoechea, I. (2016). Nuevos desarrollos en la cooperación jurídica internacional en materia civil y comercial. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión (STPR)*, año 4, N° 7 (pp. 127-151). DOI: <http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a4.n7.p127>. Recuperado de <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/191/227> [Fecha de consulta: 22/01/2020].

González Campos, J. D. (2000). Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. *Recueil des cours*, vol. 287 (pp. 9-426).

Huet, J. (2001). Le droit applicable dans les réseaux numériques. *Coloquie Droit de l'Internet: approches européennes et internationales*, 19 y 20 de noviembre (pp. 1-2). Recuperado de <http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html> [Fecha de consulta: 22/01/2020].

Lorente Martínez, I. (2012). Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. La sentencia del TJUE de 25 octubre 2011 y el coste de la litigación internacional en Internet. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, N° 1 (pp. 277-301). Recuperado de <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1474/614> [Fecha de consulta: 22/01/2020].

Lorenzetti, R. (2001). *Comercio electrónico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Madrid Martínez, C. (2019). COMJIB: Tratado relativo a la Transmisión Electrónica de Solicitudes de Cooperación Jurídica Internacional entre Autoridades Centrales. *Cartas Blogatorias*. Recuperado de <https://cartasblogatorias.com/tag/tratado-relativo-a-la-transmision-electronica-de-solicitudes-de-cooperacion-juridica-internacional-entre-autoridades-centrales/> [Fecha de consulta: 22/01/2020].

Matteo, V. (2003). Internacionalidad de los contratos celebrados por medios electrónicos y determinación de la ley aplicable. En S. Rippe; I. Creimer y otros, *Comercio electrónico. Análisis jurídico multidisciplinario* (pp. 174-191). Buenos Aires: Bdef.

Moreno Rodríguez, J. A. (2013). *Derecho aplicable y arbitraje internacional*. Asunción: CEDEP.

Muir Watt, H. (2004). Aspects économiques du droit international privé: (réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions). *Recueil des cours*, vol. 307 (pp. 25-384).

Oyarzábal, M. (2003). La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio transnacional. *El Derecho*, N° 201 (pp. 709-724).

Oyarzábal, M. (2006). La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio transnacional. *Revista DeCITA. Derecho del comercio internacional. Temas y actualidades Internet, comercio electrónico y sociedad de la información*, N° 5/6.2006 (pp. 130-131).

Pamboukis, C. P. (2008). Droit international privé holistique: droit uniforme et droit international privé. *Recueil des cours*, vol. 330 (pp. 9-474).

Santos Belandro, R. B. (2013). Territorio, Frontera, Soberanía y Espacios: Cuatro conceptos que tensionan al Derecho Internacional Privado actual. *Revista de Derecho Público*, año 22, N° 43 (pp. 75-110).

Scotti, L. B. (2012). *Contratos electrónicos. Un estudio desde el Derecho Internacional Privado argentino*. Buenos Aires: EUDEBA.

Scotti, L. B. (2016). *Derecho Internacional Privado. Globalización e Internet*. México: Porrúa.

Scotti, L. B. (2019). Avances con miras a la protección de los consumidores en el Mercosur. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, año 16, N° 49/2019 (pp. 295-329). DOI: <https://doi.org/10.24215/25916386e013>. Recuperado de <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/issue/view/662> [Fecha de consulta: 22/01/2020].

Smith, B. L. (2000). The Third Industrial Revolution: law and policy for the Internet. *Recueil des Cours*, vol. 282 (pp. 231-464).

Tellechea Bergman, E. (2002). *La dimensión judicial del caso privado internacional en el ámbito regional*. Montevideo: FCU.

Tellechea Bergman, E. (2009). Balance y perspectivas de la cooperación jurisdiccional internacional en el ámbito de Mercosur. *Microjuris*, MJ-DOC-4336-AR | MJD4336. Recuperado de <http://ar.microjuris.com/> [Fecha de consulta: 22/01/2020].

Tirado Estrada, J. J. (2017). Videoconferencia, cooperación judicial internacional y debido proceso. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión (STPR)*, año 5, N° 10 (pp. 153-173). DOI: 10.16890/rstpr.a5.n10.p153. Recuperado de <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/262/366> [Fecha de consulta: 22/01/2020].

Uriondo de Martinoli, A. (2012). Lesión de los derechos de la personalidad a través de internet. *Revista de la Facultad*, vol. III, N° 2, Nueva Serie II (pp. 155-175). Recuperado de <http://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/viewFile/5997/7070> [Fecha de consulta: 22/01/2020].

Véscovi, E. (2019). El Derecho de acceso a la Justicia y el Derecho Internacional Privado. *Relato de la Sección de Derecho Internacional Privado del XXXI Congreso Argentino de Derecho Internacional, Córdoba, septiembre*. Recuperado de <https://aadi.org.ar/> [Fecha de consulta: 22/01/2020].

Documentos consultados

Asociación Americana de Derecho Internacional Privado. *Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (Principios TRANSJUS)*, aprobados en Buenos Aires, el 12 de noviembre de 2016. Recuperado de <http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2018/08/ASADIP-TRANSJUS-ES-FINAL18.pdf> [Fecha de consulta: 22/01/2020]

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). *Notas Técnicas sobre la Solución de Controversias en Línea, 2016*. Recuperado de https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/v1700385_spanish_technical_notes_on_odr.pdf [Fecha de consulta: 22/01/2020].

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. *Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios sobre la Apostilla, la Obtención de pruebas y la Notificación, 28 de octubre a 4 de noviembre de 2003*. Recuperado de https://assets.hcch.net/upload/wop/lse_concl_s.pdf [Fecha de consulta: 22/01/2020].

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. *Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por la Comisión especial de 2009 relativa al funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya sobre Apostilla, Obtención de pruebas, Notificación y Acceso a la justicia*. Recuperado de https://assets.hcch.net/upload/wop/jac_concl_s.pdf [Fecha de consulta: 22/01/2020].

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. *Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya sobre Notificación, Obtención de Pruebas y Acceso a la Justicia, 20 a 23 de mayo de 2014*. Recuperado de <https://assets.hcch.net/docs/22f3f9db-b2bb-4256-95cb-65c4cbb65ad7.pdf> [Fecha de consulta: 22/01/2020].

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. *Proyecto de documento para informar a abogados y jueces sobre comunicaciones judiciales directas en casos específicos en el marco de la Red Internacional de Jueces de la Haya, Documento preliminar N° 5 de julio de 2017*. Séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores y del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños, octubre de 2017. Recuperado de <https://assets.hcch.net/docs/f4db8735-14b6-430c-8886-112d0e4e-b5f2.pdf> [Fecha de consulta: 22/01/2020].

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 sobre

Sustracción Internacional de Menores y del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños, 10 al 17 de octubre de 2017. Recuperado de <https://assets.hcch.net/docs/b50c61b7-50a2-495c-b004-36e9000646df.pdf> [Fecha de consulta: 22/01/2020].

Reunión Interamericana de Jueces y Autoridades Centrales de la Red Internacional de La Haya sobre Sustracción Internacional de Menores, México, 23 a 25 de febrero de 2011. Recuperado de <https://www.hcch.net/es/news-archive/details/?varevent=217> [Fecha de consulta: 22/01/2020].

Fecha de recepción: 05-02-2020

Fecha de aceptación: 24-06-2020

Breve estudio histórico del primer documento notarial y de su proyección en el Código Civil y Comercial de la Nación(*)

POR **SEBASTIÁN JUSTO COSOLA(**)**

Sumario: I. Importancia del estudio histórico del documento notarial.- II. Los primeros fundamentos del documento notarial.- III. *Aurora*, de Rolandino Passageri.- IV. Descripción de la obra.- V. Primera consideración teórico-práctica del documento notarial.- VI. Estudio de *Aurora*, el primer documento notarial.- VII. El Proemio: primera declaración de principios en los que debe fundarse el documento notarial.- VIII. Contenido.- IX. Derecho comparado.- X. Evolución histórica del documento notarial relacionada con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.- XI. Primeras conclusiones.- XII. Argumentos del reflejo del Documento Notarial en el nuevo Código Civil y Comercial de La Nación. A modo de despedida.- XIII. Bibliografía.

Resumen: el presente ensayo reúne el tratamiento de dos etapas esenciales del desarrollo práctico del derecho notarial -totalmente alejadas en el tiempo-, dándoles un tratamiento similar. Por un lado, el nacimiento de la ciencia notarial,

(*) A mis padres Eduardo y Graciela, graduados en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. A ellos debo el sentimiento por el derecho y la justicia.

(**) Abogado y Escribano, Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Doctor en Derecho, Universidad Austral. Esp. en documentación y contratación notarial, Universidad Notarial Argentina. Postgraduado en Derecho civil, Universidad de Salamanca. Prof. Titular, Adjunto o Asociado (de grado y Postgrado) de Derecho notarial, Derecho de los contratos y ética de las profesiones jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA); Facultad de Derecho, de la carrera de Escribanía, Universidad Nacional del noroeste de la provincia de Buenos Aires (UNNOBA) y Universidad Notarial Argentina. Dir. del Centro de Estudios de investigación de temas de derecho notarial, registral e inmobiliario.

hace más de ochocientos años, tal cual hoy la conocemos y aceptamos, y por el otro, la descripción del derecho documental proyectada en el vigente Código Civil y Comercial de la Nación. Resulta por demás relevante advertir como la función notarial se mantiene incólume a través de los siglos, lo que viene a justificar claramente la recepción de instituciones clásicas y tradicionales en el moderno -e innovador- derecho codificado argentino actual.

Palabras claves: función notarial - tradición - evolución - codificación - técnica

Historical brief study of the first notarial document and its projection in the Civil and Commercial Code

Abstract: *the present essay brings together the treatment of two essential stages of the practical development of notarial law, -totally distant in time-, giving them a similar treatment. On the one hand, the birth of notarial science, more than eight hundred years ago -as we know and accept it today- and on the other, the description of documentary law projected in the current Civil and Commercial Code of La Nación. It is also relevant to note how the notarial function has remained unscathed through the centuries, which clearly justifies the reception of classical and traditional institutions in the modern -and innovative- current Argentine codified law.*

Keywords: *notarial function - tradition - evolution - codification - technique*

I. Relevancia del estudio histórico del documento notarial

El tratamiento de la teoría general del *documento* o del *instrumento* notarial —según las diferentes denominaciones acuñadas por la doctrina— viene ocupando, desde hace ya tiempo considerable, un lugar altamente trascendente en el desarrollo académico del derecho notarial *formal*. Desde esta perspectiva, siempre fue considerado como un objeto esencial en el tratamiento teórico de la mencionada disciplina, y así se ha proyectado no solamente hacia el conjunto de elementos que describen la actuación del escribano, sino hacia su proyección *sustancial*, es decir, a la relación que el mismo plantea frente a las instituciones del derecho civil (derecho de los contratos, derechos reales, derecho de familia, entre otros).

Sobre la creación y elaboración del documento gira, para la mayor parte de la doctrina moderna, la más importante e incuestionable tarea notarial, porque en definitiva es el documento elaborado de acuerdo a pautas normativas (reglas, leyes y normas) y éticas (valores y principios) específicas el que servirá al final como medio de seguridad a su portador, con un invalorable e incuestionable valor probatorio. Por supuesto que esta orientación del pensamiento persigue una finalidad específica defendida por el notariado: insistir en la importancia que para la sociedad en su total comprensión reviste el resguardo auténtico de las verdades

ocurridas en su seno. Como bien se ha referido: “el documento auténtico y fijativo de los hechos y actos jurídicos configurado por persona idónea fue una preocupación de los gobernantes como consecuencia de una necesidad jurídica: en definitiva, fijar y salvaguardar la verdad de los hechos de la deformación, consecuencia del transcurso del tiempo o de la deshonestidad” (Allende, 1969, p. 27).

Sin embargo, lo antedicho no puede dejar de comprenderse armónicamente dentro de la porción de historia que al notariado legítimamente corresponde. Es que, sin duda alguna, es el notariado una de las instituciones más antiguas que el hombre ha conocido, y su creación obedece a una necesidad social, de notable raigambre en los pueblos, de contar con personas que a través de determinado *imperium* puedan resguardar el paradigma de la *seguridad jurídica*, propia de las naciones que privilegian y resguardan la autonomía de la voluntad por sobre cualquier otro medio de decisión jurídica *intervenida* o *causada*. Esa *autoritas*, característica esencial de la función notarial, es lo que en definitiva permite dar previsibilidad a las relaciones jurídicas, esto es, reconocer que las mismas nacen con una especial protección, permitiéndole al notariado la ocupación de un lugar de privilegio en la descripción que habitualmente suele realizarse al describir, desde la iusfilosofía (Del Carril, 2013), el denominado *oficio del jurista* (Toller, 2016).

II. Los primeros fundamentos del documento notarial

La seguridad en la historia de las diferentes formas primitivas de las convenciones privadas no es otra cosa que la historia de los orígenes del notariado (Mengual y Mengual, 1933). Desde siempre el ejercicio del notariado ha tenido, con ciertos matices, una tarea esencialmente *documentadora*, pues históricamente y dentro de los profesionales del derecho al escribano le correspondió la función de configurar el *instrumento público* (Allende, 1969); y de ahí que se afirme con vehemencia en nuestros días que *la historia del notariado es la historia del documento* (Ighina, 2012). Dentro de esta línea argumentativa, también se advirtió que el origen fundamental de la función notarial responde a la necesidad social de efectuar una constatación de los hechos para que, sobre los mismos, se pueda configurar el elemento de la *perpetuidad* (Escobar de la Riva, 1957). Inclusive el gran Otero y Valentín (1933), no ajeno a estas circunstancias, había ya afirmado tiempo antes —y con razón que le asistía muy bien—, que los notarios, como magistrados consagrados de manera exclusiva para recoger y sancionar los hechos y relaciones de interés privado en formulaciones solemnes, tienen una verdadera función autorizante *instrumental* (Otero y Valentín, 1933, p. 4). En nuestro país, elogiaba la tarea notarial documental en la colonia y muy especialmente, la devenida luego de la puesta en vigencia del *Código de Vélez Sarsfield* (Negri, 1966), al mismo tiempo que se volvía a relacionar la documentación notarial con la prueba historiográfica fundamental obtenida en los primeros hitos ocurridos en la *Revolución*

de Mayo (Bernard, 1965). Casi en sintonía, el profesor de nuestra querida Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, *Carlos Emérito González* (1952) presentaba la primera tesis doctoral de notariado, defendida en la Universidad de Buenos Aires, a la que denomina *teoría general del instrumento público*. González insistía en todas sus obras en que la elaboración notarial del derecho principal pasa a considerarse desde una función de creación jurídica, donde el instrumento público se erige con un rol fundamental. En esta línea, no debe dejar de recordarse que su contribución más referenciada, titulada *Derecho Notarial* (González, 1971), guarda una notable similitud con los aportes tanto de *Rafael Núñez Lagos* (Hechos y derechos en el documento público, 1943) como de *Enrique Giménez Arnau* (Introducción al derecho notarial, 1944), dos bastiones españoles relevantes a la hora de referirse a la teoría del instrumento notarial. Y es en razón de ello que no puede en la actualidad sorprender que quienes fueran sus dos discípulos académicos y adscritos de su notaría, *Natalio Pedro Etchegaray* (Escrituras y actas, 2018) primero y *Rubén Augusto Lamber* (La escritura pública, 2003-2006) después, presenten sus valiosos aportes dando esencial trascendencia al desarrollo notarial formulario y documental.

Tiempo después cabrían en nuestro país las discusiones terminológicas y las nuevas teorías, donde la referencia a los legados de *Carlos Pelosi* (1980) en primer término, y a las singulares interpretaciones de autores como *José Carlos Carminio Castagno* (2006) o *José María Orelle* (2007), con posiciones favorables o encontradas, resulta ser ineludible para un estudio de la teoría general del documento o del instrumento notarial.

Desde allí y hasta el presente más próximo, a través de las formidables presentaciones de *Juan Berchmans Vallet de Goytisolo* referidas a la descripción de la determinación *notarial negocial del derecho* (2004) se nos viene poniendo al tanto de una realidad incontestable: la que afirma que en todos los tiempos y en todos países fue necesaria la implementación de una función ejercida competentemente, que se centrara en la redacción gramatical de los documentos que contengan negocios caseros y luego más específicos, para adecuarlos jurídicamente y así poder dotarlos de *autenticidad y fuerza probatoria*.

Lo antedicho inclusive se justifica desde los estudios históricos acerca del documento que crea el *escribano* —y estos a su vez, como suelo afirmar, en sus muchas denominaciones (Cosola, 2008)—. De los mismos se desprende que la doctrina iberoamericana especializada inmejorable e insuperablemente concuerda en que existen pruebas concretas de actuaciones notariales a través del tiempo que han quedado perpetuadas en instrumentos, minerales, objetos materiales, cuero, papel, arcilla, piedra y todo tipo de material cuya composición haya hecho posible el hacer frente a la marcha de los siglos (Arata, 1980). De estos últimos

estudios puede deducirse que la importancia del documento como contenido jurídico esencial del derecho notarial, comienza con la elaboración que del mismo hicieron en *Bolonia* los glosadores y *postglosadores* medievales, en los primeros tiempos del siglo XII D.C. (Núñez Lagos, 1968). Y es en razón de ello en que la mayor parte de los autores concuerdan en que el *derecho notarial sustantivo y formal*, tal cual nosotros hoy lo conocemos, comienza por florecer en estas épocas de *summa y artis notariae*, y consecuentemente, a potenciar todo su esplendor teórico y formulario, o como bien se refiere, todo su poderío *documental-instrumental* (Becerra Palomino, 2015).

II.1. Plan del presente aporte

El genial Fernando López de Zavalía (1997) advertía la importancia del estudio histórico del derecho: “siempre he creído que a quienes navegarán en el futuro por aguas procelosas, les puede ser útil un historial de los naufragios, para confeccionar su propia cartografía e intentar eludir los escollos” (López de Zavalía, 1997, p. 135). La proyección histórica de una figura jurídica como el documento notarial puede ser de utilidad para poder generar en el tiempo actual una afirmación de los principios que, sostenidos en el transcurso del tiempo, el mismo contiene.

Con este espíritu, entonces, se escribe este ensayo, de manera breve y sucinta. En nuestro país existen obras de incalculable valor histórico que serían de imposible —e innecesaria— superación (Pondé, 1967), y que excederían notablemente las expectativas que guardo a la hora de redactar este aporte. Mi tarea, entonces, se reduce a lograr alcanzar a exponer algunos aspectos de los fundamentos históricos fundacionales del documento, con vocación y humildad, siempre teniendo en cuenta las premisas argumentadas por el inolvidable maestro tucumano, para luego realizar un ensamble con el *Código Civil y Comercial de La Nación* a cinco años de su puesta en vigencia.

III. *Aurora*, de Rolandino Passageri

El tratamiento que pretendo desarrollar se ubica temporalmente bastante alejado desde que ocurriera la invención de la escritura y las consecuentes primeras labores escribaniles. Iniciamos el estudio y análisis de la elaboración moderna del *documento notarial* constituido por la célebre *Aurora* de Rolandino Passageri (2001), que ubica por primera vez al documento dentro de ciertos aspectos de la *ciencia*, el *arte* y la *técnica jurídica notarial*. Los efectos dogmáticos y prácticos de la obra fueron notables para la época y, además, fueron determinantes para la primera conformación estructural del *documento notarial*. Pienso que un profundo estudio del *documento notarial* no podría prescindir del análisis de *Aurora*, tan siquiera un somero tratamiento y vuelo por sus páginas traducidas a nuestro

idioma, de donde surge ineludiblemente el comienzo del arte jurídico y escriturario notarial. De hecho, el nombre de *Aurora* se debe, en palabras de su autor, a la finalidad que perseguía de disipar las sombras de la ignorancia nocturna en el *Arte Notarial*.

IV. Descripción de la obra

La obra en estudio fue editada al español en ocasión de celebrarse el segundo congreso internacional del notariado latino, justo en el cambio de mitad de centuria del siglo pasado, en la ciudad de Madrid. Precede a la obra una genial descripción realizada por *Rafael Núñez Lagos* —editada en diferentes tiempos y con nombres ligeramente diversos en España (1950), Argentina (1968) y México (2001)— de donde surgen a primera vista, las explicaciones y los comentarios acerca de la personalidad de *Rolandino*; la importancia de las fórmulas por él creadas y la proyección de sus fantásticas enseñanzas, entre otros detalles de valor inconmensurable.

De esa primera texto surgen las mejores y más claras explicaciones de todas las obras de *Rolandino*: a) *Summa artis notariae*(1); b) *Flos testamentorum (flos ultimamarun voluntatum*(2)),c) *Tractatus notularum*(3), d) *de officio tabellionatus in villis vel castris*(4) y e) *Aurora*. Afirma Núñez Lagos (1968) que *Rolandino* fue el primer notario latino que con sus fórmulas y escritos traspasó los límites de espacio y tiempo, las fronteras de su patria y de la historia. En lo que a este aporte interesa, recordemos que fue el propio *Rolandino* que inauguró en el Colegio Notarial de Bolonia (tiempo después del año 1281) la enseñanza regular y pública del

(1) Para *Rolandino*, tres eran los documentos básicos del arte notarial: los contratos, las últimas voluntades y los juicios. Esta *Suma* entonces se divide en esas tres partes, divididas a su vez en capítulos o libros. El último capítulo cierra doctrina sobre reproducciones y copias de escrituras (Núñez Lagos, 1968, p. 33).

(2) Esta obra, es un manual, y toma las enseñanzas de *Azon*, *Acursio* y *Odofredo*. También sirvió para corregir los errores cometidos en la confección de la *Suma*.

(3) Es un tratado dedicado a la enseñanza de la teoría de los contratos y pactos, que complementa la práctica escrita en la *Suma*. Contiene: un proemio que estudia la notaría, la creación y nombramiento de notarios, las incompatibilidades, deberes y penas y partes principales del arte notarial. Una parte primera dedicada al estudio de los contratos, las personas, las cosas y las obligaciones. Una parte segunda, que analiza los pactos, sus clases y sus divisiones. Y una parte tercera dedicada al análisis de las publicaciones de los instrumentos. La intención de *Rolandino* era que este tratado teórico sirviera de introducción a la *Suma* que era práctica.

(4) Esta obra es una cartilla para notarios rurales, que en ese entonces además oficiaban de secretarios judiciales. Núñez Lagos plantea su duda acerca de la autoría de este documento. Pareciera ser —expresa— que es obra de algún discípulo y no de *Rolandino*, por cuanto en la máxima obra del autor —*Aurora*— no es citada como lo es el *tractatus*, siendo un baluarte indispensable en la consideración de la teoría del documento notarial.

primer *arte notarial*, referido al estudio de los tres documentos básicos referidos a los *contratos*, las *últimas voluntades* y los *juicios* comprensivo del estudio cuidadoso de la *gramática*, la *retórica latina* y la composición en *buen latín*.

Su actuar en la enseñanza universitaria se encomendó en la organización de la *Universidad de los Artistas*, por cuanto el arte notarial allí se enseñó, hasta el año 1548, fecha en la cual pasaría a formar parte de la *Universidad de los Legistas*. Hoy se lo recuerda como un protector de la Universidad, por cuanto fue quien concedió a la misma, en tiempos de peligro, su primer estatuto. No se tiene una fecha acertada de su muerte, que pareciera ser que ocurrió el 31 de octubre del año 1301.

Los autores suelen referirse al denominado “destello notarial de Bolonia”, queriendo significar con ello que existían artes —*ars*— mayores y menores, encontrándose dentro de los primeros las que generaban tanto los jueces como los notarios. Ese actuar generador del documento posicionaba a la institución en un alto plano jurídico y lógicamente a *Aurora* como una obra de indudable valor doctrinal, por cuanto era el resultado de una vasta experiencia de su autor reflejada en las obras anteriores ya referidas.

V. Primera consideración teórico-práctica del documento notarial

Estamos posicionados en el punto de partida, el inicio, la génesis de la consideración del documento notarial comprensivo de *ciencia*, de *arte* y de *técnica* (Neri, 1945). Recuerda Vallet de Goytisolo (2003) que antes del tiempo de los *glosadores* y *postglosadores*, la labor notarial se reflejaba en las *chartae* conservadas desde la práctica en las instituciones romanas. En aquel entonces, la escrituración o documentación implicaba esencialmente dos funciones: la *redacción de un texto* y la *formulación de un negocio jurídico*. Con la glosa comienza entonces a desarrollarse un arte esencial en la historia del nacimiento del documento notarial tal cual hoy lo conocemos, denominado *ars dictandi*. El *ars dictandi* es una disciplina referida especialmente a la técnica de redacción, la que aplicada por el notario obtenía como resultado la obtención de textos con corrección gramatical, precisión lógica y propiedad estilística. En la clara apreciación de Vallet, que suele compararse en doctrina, la consolidación del notariado románico o latino se produce en el momento en el cual al *ars dictandi* se le adicionan los conocimientos jurídicos, momento en el cual el opera la conversión al *ars notariae*: “a esa conjunción se uniría el reconocimiento de *fides publica* a los documentos autorizados por ese notariado. Fue un proceso trascendental en el que a la fundamental autoritas del notariado se le agregada la potestas de la jerarquía civil o eclesiástica de la cual derivaba su designación”, afirmaría el maestro español (Vallet de Goytisolo, 2003, p. 306).

Antes de *Aurora* existieron otras obras relacionadas al *ars notariae*. En efecto, los aportes de Raniero de Perugia —o Ranieri, según los textos que se consulten— datan de la mitad del siglo XII, mientras que los de Salatiel se corresponden con los primeros años del siglo XIII. Aun así, hay acuerdo en sostener que las obras de los autores mencionados eran, si bien prolíficas, densas en su aplicación práctica, diaria y cotidiana. Por ello mismo, con *Aurora* de Rolandino —más clara y precisa, aunque no tan contundente como las anteriores— se da inicio al nacimiento del derecho notarial, con objeto esencial en la redacción del *documento público notarial*.

Es precisamente la mencionada una obra consolidada de indudable valor, que ha sobrevivido a pesar de los tiempos y ha traspasado las fronteras de los países del derecho continental, traducida a todos los idiomas conocidos, erigiéndose, así, como la primera *suma artis notariae* reconocida de nuestra historia. Muchos resabios de este esplendor de la documentación notarial subsisten hoy, a pesar de las distancias que nos separan inevitablemente de aquellos maravillosos años de ilustración notarial. La constante recurrencia del notario a un libro compilatorio de formularios simples o complejos, que contienen las cláusulas elementales del ejercicio práctico del derecho, cada una con su importancia, que describen el derecho que debe ser para el negocio o hecho jurídico concreto, es prueba suficiente para admitir que el espíritu y el legado de *Aurora* siguen vigentes en nuestros días. De la adecuada implementación de los libros de glosas depende en gran medida, la protección del contratante débil y el establecimiento de la seguridad jurídica preventiva en el equilibrio en las prestaciones que el notario consolida y argumenta desde la re-potenciación de los deberes éticos aplicados de *asesoramiento, información, consejo, imparcialidad, legalidad e independencia*.

VI. Estudio de *Aurora*, el primer documento notarial

Precisemos que, por aquellos tiempos, las escuelas de derecho de Bolonia aplicaban el método exegético de interpretación de las leyes. Luis Legaz y Lacambra (1979), al analizar los prolegómenos de la exegesis en la escuela francesa —precurсора de lo que se conoce como la etapa de la *ciencia jurídica moderna*— recuerda que existe en esta corriente perfeccionada ante todo, un culto al texto legal (5), el análisis de la voluntad del legislador como factor decisivo de la interpretación, el

(5) Dice el autor: “Todo el derecho se encierra en la ley, la ley debe ser la única preocupación del jurista: ‘Yo no conozco el derecho civil, solo enseño el Código Napoleón’ dice Buguet (...). Laurent advierte que los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; este no tiene por misión hacer el derecho, porque el derecho ya está hecho y solo tiene que interpretarlo; si hiciera otra cosa, usurparía las atribuciones del poder legislativo que han sido reservadas a este por la nación soberana” (Legaz y Lacambra, 1979).

reconocimiento de cierta omnipotencia jurídica del legislador estatal, la creación de una especie de compatibilidad del positivismo legalista con la propia creencia de un concepto metafísico del derecho o de ideas del derecho natural, y un culto desmedido a la autoridad y al precedente. Es cierto que el movimiento exegético no estaba, en los tiempos de *Rolandino*, tan perfeccionado como el que lo ve florecer en su máximo esplendor en tiempos de la muerte del *derecho natural*. Y también es cierto que, en todo caso, pueden advertirse en la máxima obra antecedente del *documento notarial* muchos pasajes vinculados con una concepción del *derecho justo*, imbuido bajo premisas ético morales que se justifican a partir de la creación divina. No obstante, resumamos aquí que en los aportes de los glosadores se encuentra el origen del método exegético que luego se perfeccionara según he referenciado. En épocas del nacimiento del desarrollo del *documento notarial*, el jurista estudiaba las fuentes legales y aplicaba a ellas *glosas* las que más tarde fueron, más que glosas, verdaderos *comentarios* (Núñez Lagos, 1968). A todo el conjunto de glosas, notas, citas y referencias se lo conoce con el nombre de *apparatus*. El autor, entonces, ha aplicado este método, y su obra se publica como *Aurora*, verdadero *Apparatus de Rolandino*, que se compone del análisis teórico y práctico de los contratos, los convenios, las últimas voluntades y los juicios, todas instituciones que empujan al hombre a recurrir cotidianamente hacia el ejercicio del derecho.

Siguiendo la misma técnica de la exegesis, en lugar de texto legal, Rolandino introduce las fórmulas de la suma por el redactada. Y fue añadiendo a las fórmulas de la *suma artis notariae*, explicaciones, notas, textos o glosas que se transformaron en sus máximas lecciones a través de las páginas de *Aurora*, obra que no pudo concluir, porque la muerte lo sorprendió sin poder culminarla.

Así, *Aurora* comenta cuatro capítulos íntegros y una parte del quinto de la *suma*. Y es Pedro de Unzola, principal discípulo de Rolandino, quien completa la obra, agregando a lo redactado por su maestro sus adiciones o comentarios, y culminando con la redacción de la suma que por fallecimiento de Rolandino había quedado inconclusa. Así es que en nuestros días conocemos y bien distinguimos:

- a) *Aurora* de Rolandino;
- b) *Meridiana*, que es *Aurora* con las adiciones o comentarios de Pedro de Unzola, y
- c) *Aurora Novissima*, que se conforma únicamente con la redacción de Pedro de Unzola.

VII. El Proemio: primera declaración de principios en los que debe fundarse el documento notarial

Del proemio de *Aurora* redactado por Rolandino surgen los primeros principios del documento notarial. Quizás sea el proemio lo que de inicio a la histórica consideración del protagonismo esencial que para la función notarial tiene el documento. Pero a su vez estimo, habrá que considerarlo en todo su esplendor, por cuanto del contenido de esta introducción pueden concatenarse los principios *realistas* del documento y la acción notarial destinada a su aplicación y concreción.

Considera Rolandino que el *derecho notarial* es un *arte* que presenta diversos misterios y que su misión ha sido la de develarlos a través de la fuerza que le proviene de la *divina gracia*. Estas manifestaciones de naturaleza esencialmente *ius-naturalista* se observan lo largo de toda su obra. Y son altamente destacables en mi concepto, por cuanto entiende —al corroborar todas las metáforas por el autor utilizadas— que el derecho es divino, y lo que queda al hombre es su aplicación de acuerdo a las máximas ya establecidas por el creador. Más adelante se refiere a lo antedicho, y de manera clara y precisa, confirma que en su visión el derecho no puede analizarse sino dentro de la moral: “está subordinado el libro, además, a la Ética; esto es, a la ciencia moral, porque enseña cómo se ordenan las conductas y voluntades humanas en escrituras auténticas” (Passaggeri, 2001, p. 6).

El derecho en general, entonces, y el notarial en especial, deben reconocer ciertos principios que le son inherentes, y que no deben dejar de cumplirse, por más acción u omisión que el hombre realice a través del método de la interpretación. Para el autor, el conocimiento, se compone, entonces, de esos principios que se enseñan pero que se reputan conocidos preexistentemente, y de la experiencia que se adquiere con el correr del tiempo al aplicarlos y concretarlos, todo bajo un *orden moral de la conducta*. Y el derecho necesariamente reconoce desde siempre una parte teórica y una parte práctica, destinada a la ayuda del jurista para la aplicación del mismo a través de formularios *que sirven para dirigir y formar el entendimiento de los estudiosos para conocer mejor los textos legales, de redacción erudita*. En palabras de Rolandino: “El derecho lleva de la mano al conocimiento del arte notarial; el hecho, a la facilidad en el ejercicio; se engaña quien, sin estos dos recursos, pretenda conocer el arte notarial; de donde se deduce que han de armonizarse en un buen notario” (Passaggeri, 2001, p. 6).

De esta sola afirmación puede deducirse la importancia del documento en el ejercicio de la función notarial. Se erige, entonces, como principio del derecho, porque no hay ni existe derecho sin concreción glorificada —en palabras del Rolandino— a partir del formulario. Así, no puede conformarse el derecho notarial sin el conocimiento del derecho y sin su aplicación práctica a través del documento. El arte notarial, entonces, se conoce a través de la unión de la teoría jurídica y

el formulario de aplicación. Es, entonces, claro que, lo que Rolandino deja como legado es una suma que contiene el compendio abreviado del arte notarial, a través del análisis de sus *preceptos*. A estos comentarios se le agregan las adiciones y declaraciones de Pedro de Unzola. Una de ellas, la más ilustrativa de lo antedicho, dice así: “La práctica es prontitud al servicio de la actividad del ejercicio y de la razón. Teoría es claridad en la mente y conocimiento de la verdad. Ambas constituyen la Suma; de ellas trata y a ellas se endereza” (Unzola, 2001, p. 5).

VIII. Contenido

Esta fantástica obra nos ilustra acerca del contenido del instrumento, sentando ciertas premisas que hay que destacar. Bajo el Capítulo primero, denominado *Daciones*, se presenta el análisis de una parte general y especial del *documento notarial* —Rolandino lo llama *instrumento*— que merece ser destacada con vehemencia. De esta manera, el *documento* presenta dos partes bien diferenciadas: las publicaciones, por un lado, y el tenor del negocio, por el otro.

Esta apreciación resulta esencial para consolidar lo que en la actualidad estudiamos bajo el título de *técnica* en la redacción del *documento notarial*, a través de la conformación y clasificación de sus cláusulas más importantes, que lógicamente no presentan el mismo valor, pero que conviven en el mismo cuerpo del instrumento: así, encontramos aquellas que son auténticas, por gozar de entera fe pública, las que son autenticadas, porque no gozan de tal privilegio, etc. También, en esta parte general, se analizan conceptos esenciales de la *técnica notarial* como la presentación de las partes de la escritura, y también de aquellas instituciones propias del derecho civil de impacto directo en sede notarial como el *contrato*, tradiciones que, con los ajustes propios del paso del tiempo, hemos heredado desde allí hasta la fecha y que aun conservamos como baluartes de la *seguridad jurídica preventiva notarial*.

Ya en la parte especial del presente capítulo, la *suma notarial* trae formularios glosados del contrato de compraventa y sus diversas modalidades(6), el tratamiento de la permuta dentro de la compraventa(7), la dación en pago, la cesión

(6) Por ejemplo, la venta de varios vendedores, varios compradores y varias cosas traídas por diverso derecho, venta hecha al comprador que compra por sí y en nombre de otros una cosa de cuyo fruto se deben los diezmos; venta de cosas que deben servidumbre hecha por un menor con fiador; los contratos onerosos y gratuitos, trata de manera aislada a los instrumentos de venta que contienen en si algunos pactos muy útiles, la venta o reventa de una cosa, la venta de una mujer menor, entre otras ejemplificaciones.

(7) Tratamiento de la permuta de una cosa propia por una cosa *conditicia* y la cosa que en parte se permuta y en parte se vende.

de derechos y el tratamiento de la evicción, la donación (8), la concesión del feudo (9), la renuncia al derecho hipotecario en una sucesión, la adquisición de una mujer del derecho real por dote, legado o usufructo, la ratificación o aprobación, de los contratos enfiteúticos (10), la venta de cosas muebles corporales e incorpóreas y de bienes (11) y, además, incluye el tratamiento de verdaderas instituciones para el derecho notarial como la sensacional descripción que realiza del asentimiento de la esposa presente en la venta y del consentimiento prestado para las ventas de todos los miembros de la familia (12).

El capítulo segundo comenta, bajo el título de *dotes*, toda una extensa parte dedicada al estudio del instituto dentro de un macado análisis de estudio del derecho de familia, para cumplir luego con los documentos glosados tales como: el instrumento dotal, la dote constituida sobre dinero y sobre bienes muebles, la dote sobre inmueble estimado, restitución de dote, aumento de dote, un tratamiento profundo de la donación *propter nuptias*, la dote que perdura en el matrimonio, los instrumentos sobre los que se contraen esponsales y matrimonio, el documento que contiene la fórmula para contraer matrimonio (13) y la determinación de las esponsales de futuro.

El capítulo tercero lleva como título el de *créditos y deudas*. En este apartado se analiza lo que hoy equivaldría a referir a la teoría general de las obligaciones desde la parte teórica. Ya en materia de documentos, se agregan comentados los siguientes: mutuo y sus modalidades (14), el instrumento de deuda por causa de

(8) El tratamiento presenta un instrumento de simple donación entre vivos.

(9) El tratamiento abarca la propia concesión del feudo y la confirmación del feudo concedido por el antecesor.

(10) Se incluyen aquí las concesiones enfiteúticas hechas por un monasterio, la renovación y confirmación enfiteútica, el pago de una cosa enfiteútica por muchos años, la venta *ad precium* hecha por la Iglesia, y el instrumento de permuta hecha por la iglesia de cosa enfiteútica por otra enfiteútica.

(11) Aquí se realiza un tratamiento de la parte general y de la parte especial, que comprende la venta de caballos y animales semejantes o semovientes, la venta de libros, la venta de heno y de frutos futuros, la venta de los frutos venideros con promesa de darlos en un plazo cierto, la venta de usufructo por varios años, la venta de paso y camino, la venta y cesión de un derecho de introducir vigas en una pared o muro.

(12) Consentimiento del padre, de la mujer casada, de la madre del menor, de la mujer menor de edad, de la hermana o el hermano del vendedor, del consentimiento de la persona ausente.

(13) Rolandino define al matrimonio como “El matrimonio o nupcias es la unión del hombre y de la mujer, reteniendo el comercio indivisible de la vida; o también se define: la comunicación del derecho divino y humano. Estos cuatro nombres: nupcias, matrimonio, unión y connubio, significan la misma cosa y por lo mismo se toman”. *Cfr.* Passageri, 2001, p. 416.

(14) Aquí se refiere al instrumento de mutuo de un deudor y un acreedor sobre cantidad módica, el mutuo de un solo deudor y un solo acreedor sobre pequeña cantidad, el mutuo con dos deudores y un acreedor, el instrumento solemne de mutuo con dos deudores y dos acreedores reforzado con

cambio contraída por estudiantes y clérigos, la obligación del fiador sustituido y dado a veces en virtud del instrumento, contrato para pagar *ad tempus* el precio de mercaderías compradas, la promesa de dinero por parte del deudor por el resto del precio de las mercaderías compradas, instrumento cuando por el precio pagado se promete trigo o alguna otra cosa, instrumento de deuda de dinero para comerciar o negociar, instrumento de una deuda sobre la misma materia, añadida la caución del fiador, el comodato, el depósito hecho con promesa de devolución, instrumento de delegación de deuda, y finalmente, el instrumento de conservación de indemnidad.

El capítulo cuarto se titula *cesiones de acciones*. La parte teórica hace referencia al estudio profundo de la cesión de derechos y acciones, a la vez que analiza ciertos institutos relacionados con la forma de extinguir las obligaciones, como el pago y la transacción, por cuanto se afirma con razón que *por la transacción se renuncia a la acción; por el pago perece la acción*. Aquí, entonces, se agregan los siguientes instrumentos: cesión de derecho y acción por causa de venta, cesión de cantidad debida por resto de deuda, cesión hecha por un deudor contra uno de sus deudores, la cesión hecha por título de donación contra varios deudores, cesión de derechos habidos por derecho cedido, cesión de un derecho real por obligación o hipoteca, la transacción, instrumento sobre el finiquito, la remisión, la absolución y la liberación, sobre finiquito general, concluyendo con un extenso título referido a los pagos.

Finalmente, el último capítulo, el quinto, referido a los *arrendamientos*, trae consigo el instrumento de alquiler de una casa por una renta, el instrumento de arrendamiento de una tierra para construir sobre ella una casa, el arrendamiento de caballos para cabalgar, el arrendamiento de servicios para la copia de un libro, arrendamiento y convenio sobre servicios y, por fin, el instrumento de contrato de aprendizaje. Con esta última glosa, y con el instrumento de arriendo de servicios para la copia de un libro finaliza el primer y más importante aporte a la teoría del documento notarial por *Rolandino*, quien según se refiere al pie de imprenta, es el notario más ilustre de Bolonia, creador de la Suma notarial titulada *Aurora*, con las adiciones insertas por Pedro de Unzola, notario de Bolonia y doctísimo jurisperito, obra que por su excelencia los modernos llaman *meridiana*.

IX. Derecho comparado

El tratamiento que la más autorizada doctrina notarial del mundo ha realizado de *Aurora* y de su autor, Rolandino Passageri, nos pone al tanto de la importancia

diversos pactos, el instrumento solemne de préstamo de dos deudores y de dos acreedores, el instrumento de mutuo con fiador, que las partes quieren que sea hombre fiel y el mutuo contraído por la comuna de la ciudad de Bolonia.

de esta obra, desencadenante de criterios y pautas que el notariado viene científicamente consolidando desde su nacimiento. En efecto, tanto en Argentina (15) como en España (16) se la refiere como un baluarte indispensable del ejercicio notarial. Pero también la doctrina más moderna se ha expedido notablemente sobre el tema en tratamiento, en muchos países del notariado latino, siendo fiel ejemplo de ello algunas de las obras de indudable nivel académico publicadas en Bolivia (17), Costa Rica (18), Guatemala (19), México (20), Perú (21), República Dominicana (22), mientras que en otros países como Cuba (23), Paraguay (24), Uruguay (25) o Venezuela (26) los autores se inspiran en los postulados de *Bolonia* para explicar los alcances de la evolución notarial que les corresponde de acuerdo a su historia.

X. ¿Evolución histórica del documento notarial relacionada con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación?

Estamos viviendo tiempos de cambios absolutos y por demás de trascendentes que en materia de derecho privado, nos posicionan frente a la sanción y promulgación del nuevo Código Civil y Comercial de La Nación, que rige en nuestro país a partir del primer día de agosto del año 2015, reemplazando al querido código del Dr. Don Dalmacio Vélez Sarsfield, que ya dejó de ser letra vigente para convertirse en un documento histórico de indudable valor para la interpretación, ya que el nuevo código carece —desde mi humilde posición, muy lamentablemente— de notas explicativas o argumentativas. Destaquemos que nuestro hoy histórico *Código Civil Argentino*, hasta el último día de su vigencia fue un instrumento de enorme magnitud, siendo uno de los últimos códigos centenarios que subsistieron con enorme hidalguía los embates de la moderna doctrina tanto nacional

(15) Cfr. Arata, 1980, p. 61; Gattari, 2008, p. 343; González, 1953, p. 49; Mustapich, 1955, p. 18.; Neri, 1969, p. 319.

(16) Cfr. Castán Tobeñas, 1946, p. 168; Giménez Arnau, 1964, p. 149; Rodríguez Adrados, 1955, p. 1; Sanahuja y Soler, 1945, p. 130.

(17) Cfr. Valverde, 2006, p. 38; Villaroel Claire, 2005, p. 56.

(18) Cfr. Mora Vargas, 2013, p. 46.

(19) Cfr. Muñoz, 2004, p. 5.

(20) Cfr. Carral y De Teresa, 2007, p. 51; Márquez González, 2010, p. 121; Pérez Fernández del Castillo, 2004, p. 15; 2007, p. 7; 2013, p. XVIII.

(21) Cfr. Gonzáles Barrón, 2012, p. 1199.

(22) Cfr. Castillo Ogando, 2007, p. 14; Pina Toribio, 1993, p. 27.

(23) Cfr. Pérez Gallardo, 2006, p. 306.

(24) Cfr. Ortiz de Di Martino, 2007, p. 21; Di Martino, 2009, p. 22.

(25) Cfr. Larraud, 1966, p. 3.

(26) Cfr. Calvo Baca, 1993, p. 410.

como internacional, que en no pocas circunstancias además lo avalaba, ennobleciéndolo y destacando todas sus virtudes a pesar del innegable paso del tiempo. Impregnado de una gran visión y adaptación de la realidad, el *Código Civil de Vélez* fue modelo e influencia de otros tantos códigos del mundo (Alterini, 2004), y en cierta manera aun en estos días, su paso de la vida al más allá, duele, lastima, parece imposible. Misión nuestra es la de mantener viva la llama de su esplendor en lo que a través de la argumentación puede contribuir a fortalecer la justicia y el derecho, a partir de sus notables y milenarias argumentaciones, muchas de ellas más vigentes en la actualidad que en ningún otro tiempo, en razón de las primeras dudas y de algunas lagunas jurídicas relevantes que proyecta la nueva codificación, seguramente surgidas a merced de las diferentes aportaciones que se hicieron, con las mejores intenciones pero desde compartimientos aislados y en algunos casos, sosteniendo conceptualizaciones de derecho absolutamente disímiles para su creación.

Ya rige, entonces, el nuevo cuerpo legal, promovido, sancionado, promulgado y publicado según ley nacional número 26994/2014, y como se ha dicho en alguna oportunidad al referirse al entonces proyecto de unificación del año 1998 —en este sentido, en sintonía innegable con el nuevo código—, se opta por abandonar el legendario *Código de Vélez Sarsfield*, que es el código de las corporaciones, de los ricos y de los pobres, para aprobarse un nuevo código unificado, que pertenece a los consumidores (Flah; Mariani de Vidal; Alterini, 2000). Esta situación trascendente obliga al jurista a estudiar y desarrollar las nuevas y prometedoras figuras del derecho moderno, teniendo especialmente en cuenta que, en la actualidad, más que en ninguna otra época, el nuevo derecho privado se presenta absolutamente consolidado a través del prisma constitucional. Esta situación, ya con mucho mérito sostenida por Jorge Mosset Iturraspe (2011) cuando aún ni había noticias de la reforma del Código, encuentra asidero en nuevas obras que presentan desde un enfoque claramente alentador, al nuevo derecho privado argentino observado y analizado desde el prisma de la Constitución Nacional (Rosatti, 2016). Frente a hechos concretos de trascendencia notable como este, la posición tanto del académico como del jurista tanto teórico como práctico no puede ser otra que la de esforzarse por argumentar lo nuevo y lo evidente, en contra de aquellas figuras que comienzan obligatoriamente a dejar de existir (o al menos a existir de manera diferente).

XI. Primeras conclusiones

Durante algún tiempo relativamente prolongado he estado reflexionando acerca de la importancia que tiene la modificación total de un cuerpo de leyes tan significativo para un Estado que acomoda sus instituciones de acuerdo al derecho y, tengo para mí, que solo una notable reforma de la codificación centenaria

argentina como la que nos ha asistido hace cinco años atrás puede ofrecer como resultado tres tipos de instituciones: a) las *nuevas*, b) las *antiguas u obsoletas* y c) las *tradicionales*. En alguna de ellas debe ubicarse y fundamentarse el documento notarial, que como sabemos, subsiste en el moderno cuerpo en los artículos específicos que no deben porque presentarle al escribano o notario mayores problemas que los que emerjan de su estudio profundo y meditado (Ventura, 2016). De esta manera:

- a) Las *nuevas instituciones* merecen ser estudiadas y argumentadas en profundidad, para que su utilización comience cuanto antes y ayude al hombre a alcanzar de la mejor manera el fin del derecho que siempre es y será la justicia, independientemente de que ahora se ofrezcan vías de acceso a la misma con algunos excesos que pretenden encontrar asidero en una nueva y confusa visión —o extensión— del *concepto de libertad* (27).
- b) Las *instituciones antiguas*, aquellas obsoletas o en desuso son las que dejarán de existir naturalmente. No obstante, la ausencia del escenario principal no es ni será óbice para restarles la debida importancia. Las mismas servirán entonces para estudios históricos y comparativos, de fundamentación de nuevas naturalezas jurídicas y de contenidos, como parte de evoluciones o involuciones que el derecho ha tenido al plantearlas originariamente desde el derecho positivo; y finalmente,
- c) Las *instituciones tradicionales*, que son aquellas que aún se mantienen en pleno vigor, precisamente porque lo tradicional trae consigo la noción de seguridad en la continuidad y de justicia en lo que se asimila como natural, y porque además sigue las ideas, las normas, las costumbres y los principios sostenidos desde antaño, mereciendo la subsistencia en razón de su conveniencia para el hombre y de su trascendencia para el derecho.

XII. Argumentos del reflejo del Documento Notarial en el nuevo Código Civil y Comercial de La Nación. A modo de despedida

Los estudios históricos relativos a los análisis de los documentos notariales nos ayudan a corroborar, una y otra vez, que tanto la práctica notarial cotidiana como la evaluación que de la institución fedante realiza la ciudadanía en general están relacionadas con la creación del documento. Prueba de ello es la remisión constante y altamente llamativa, en los tiempos actuales, a la pluma, los escudos y las hojas de protocolo que se presentan en cualquier circunstancia propia o ajena al

(27) Debe siempre tenerse en cuenta que no pueden reclamarse los derechos si no se presenta de antemano, la prueba del cumplimiento de los deberes humanos básicos.

notariado para esbozar un símbolo, o varios símbolos configuradores de la actividad que realizamos con esmero en el acontecer de nuestra vida que se dedica al trabajo. Muchas veces me he preguntado cuál es la razón por la cual no se alterna de una buena vez la pluma o el símbolo de hoja sellada o escudada, por signos más modernos y no tan vetustos, que sean mucho más significativos de la realidad que vive el hombre y la mujer de nuestros días, y que además sirvan para presentar *aggiornadamente* la actuación notarial hoy frente al documento, mucho más relacionada con un trabajo de ingeniería robótica frente a internet que a la simple transcripción del instrumento. A estas alturas, no quedan más alternativas que reconocer que la sociedad lejos está de imaginar todo lo que se trabaja para llegar a conformar el *auténtico documento notarial*. Esta afirmación es tan cierta como la que viene a corroborar que, aun en esas instancias, esa misma sociedad sigue confiando en el escribano como así lo viene haciendo desde siempre.

¿Cuál es la razón de ese merecimiento? Pienso que la respuesta está en reconocer que nuestra función está relacionada íntimamente con la noción de *tradicción*. Es cierto que la propia denotación de la palabra nos ubica frente a la negativa comprensión de ser consideradas personas de otro siglo (pasado, por supuesto). Pero también es cierto que esa *tradicción* es la que, en la actualidad, frente a tantos cambios repentinos que justifican su nacimiento invocando mejorías para la vida de la persona preocupada por atender lo urgente en lugar de lo importante, nos aleja de la noción de lo *temporario* para posicionarnos dentro de lo que es considerado como *perpetuo*. Si lo temporario es lo que se esfuma, la perpetuidad es precisamente lo que no nunca perece. Lo que siempre se encuentra presente, con mayor o menor grado de intensidad, pero siempre vigente. Y la única justificación que existe para explicar porque las modernas tendencias aun aceptan como presente y vigente a algo tradicional y perpetuo, es tanto por la necesidad como por lo indispensable de su prestación. A estas alturas, debe permitírseme la referencia tanto al documento como a la función notarial. Como bien ha enseñado Rafael Núñez Lagos, el documento hizo al notario, aunque hoy el notario haga al documento. El documento, entonces, es tradicional y necesario para la sociedad, tanto como la investidura que ejerce quien lo crea y lo realiza. *Tradicción, documento, notariado y deberes éticos*, todo llega a unirse en estas últimas líneas con las que concluiré mi ensayo.

¿Existe, entonces, un paralelismo entre la obra de Rolandino, la descripción de las leyes antiguas, la normatividad documental prevista en el nuevo cuerpo legal y con ella, los modernos textos de formularios a los que habitualmente recurrimos en búsqueda de respuestas? Claro que sí, y es el que responde a la tradición en el sentido jurídico y ético que me he esforzado en resumir. La tradición que, como lo he descrito con anterioridad, permite que el notario creador del documento proyecte sobre el mismo una misma estructura centenaria con nuevos componentes

que el derecho actual recepta normativamente. Así como en el proemio de Aurora se receptaban los primeros principios, en la actualidad una misma interpretación es la que se desprende de la norma del Código Civil y Comercial cuando ordena que la primera fuente de consulta jurídica para el jurista debe ser la Constitución nacional (artículo 1), con una argumentación que tenga en cuenta la finalidad de la ley (artículo 2), bajo criterios de actuación razonable (artículo 3), dentro del marco de la buena fe (artículo 9), obrando siempre con el máximo de prudencia (artículo 1725). Todo esto sin dejar de tener en cuenta la tutela de los valores propios de la fe —certeza y verdad—, la justicia y la seguridad jurídica, que son desde mi perspectiva los tres valores que el documento notarial recepta en el moderno cuerpo normativo, tal cual los mismos se han proyectado en los textos antiguos que de alguna manera, continúan la línea de *Aurora* —Las Siete Partidas de Alfonso el Sabio, La Constitución de Maximiliano I de Austria, etcétera— (Cosola, 2020, p. 412).

Notable, maravilloso: lo que demuestra que las instituciones tradicionales fundadas en innegables necesidades sociales persisten en el tiempo precisamente porque nacieron para asumir el deber de encontrarse siempre alistadas, en guardia, preparadas para auxiliar al hombre y la mujer problematizados, cuando la imposición de una nueva institución simplemente fundada en la modernidad, atenta contra cualquier libre ejercicio de la voluntad o contra la violencia de cualquier derecho humano fundamental. Instituciones tradicionales como la notarial, que, a través de la histórica conformación, creación y elaboración del documento, acostumbra a resguardar y proteger a la ciudadanía en su conjunto, proyectando los tres valores referidos anteriormente, los que desde mi visión —alejada de las corrientes iusfilosóficas que postulan al puro positivismo como la única respuesta jurídica correcta—, determinan la *paz*.

XIII. Bibliografía

Abreu de Polanco, R. (2005). *Lecciones de derecho notarial*. Santo Domingo: Servicios Gráficos Integrados.

Allende, I. M. (1969). *La institución notarial y el derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Alterini, J. H. (2004). La influencia del Código Civil Argentino en otras codificaciones. En A.A.VV, *La codificación: raíces y prospectiva. La codificación en América*, Tº II. Buenos Aires: Educa.

Arata, R. M. (1980). *Estudios para una historia del documento notarial*. La Plata: Colescha.

Becerra Palomino, C. E. (2015). *El honor de dar fe. Ensayos de Derecho Notarial*. Lima: Editorial Jurídica del Perú.

Bernard, T. D. (h) (1965). *Temas de Derecho e Historia Notarial*. Buenos Aires: Esnaola.

Calvo Baca, E. (1993). *Derecho registral y notarial*. Caracas: Ediciones Libra.

Carminio Castagno, J. C. (2006). *Teoría General del Acto Notarial y otros estudios*, 2 tomos. Paraná: Ediciones del autor.

Carral y De Teresa, L. (2007). *Derecho Notarial y Derecho Registral*. México: Porrúa.

Castán Tobeñas, J. (1946). *Función notarial y elaboración notarial del derecho*. Madrid: Reus.

Castillo Ogando, N. R. (2007) *Manual de Derecho Notarial*, Tº I. Santo Domingo: Ediciones Jurídicas Trajano Potentini y Colegio Dominicano de Notarios.

Cosola, S. J. (2008). *Los deberes éticos notariales*. Buenos Aires: Ad Hoc.

Cosola, S. J. (2020). *El documento notarial en el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: Astrea.

Cuauhtémoc García Amor, J. A (2000). *Historia del derecho notarial*. México: Trillas.

Del Carril, E. H. (2013). *Prólogo*. En S. J. Cosola, *Fundamentos del Derecho Notarial I - La concreción del método*. Buenos Aires: Ad Hoc.

Di Martino, A. M. (2009). *Derecho notarial*. Asunción: Marben.

Escobar de la Riva, E. (1957). *Tratado de derecho notarial*. Valencia: Marfil.

Etchegaray, N. P. (2009). *Boleto de Compraventa*. Buenos Aires: Astrea.

Etchegaray, N. P. (2010). *Escrituras y actas notariales*. Buenos Aires: Astrea.

Flah, L.; Mariani de Vidal, M. y Alterini, J. H. (2000). Temas de derecho privado: mesa redonda N° 4: Derechos Reales. *Revista del Notariado*, N° 859.

Gattari, C. N. (2008). *Derecho Notarial*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Giménez Arnau, E. (1944). *Introducción al Derecho Notarial*. Madrid Revista de Derecho Privado.

Giménez Arnau, E. (1964). *Derecho Notarial Español*, III Volúmenes. Pamplona: Universidad de Navarra.

Gonzales Barrón, G. (2012). *Derecho Registral y Notarial, Tº II-Derecho Notarial*. Lima: Jurista Editores.

González, C. E. (1958). *Constitución de Sociedades Anónimas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

González, C. E. (1953). *Teoría General del instrumento público (Introducción al derecho notarial argentino y comparado)*. Buenos Aires: Ediar.

González, C. E. (1971). *Derecho Notarial*. Buenos Aires: Fedye.

Guzmán Farfán, S. F. (2000). *Derecho notarial y registros públicos*. Cochabamba: Colograf.

Ighina, C. A. (2012). Síntesis de la historia del notariado desde una perspectiva nacional. En G. B. Ventura (dir.), *Derecho Notarial*, N° 01. Buenos Aires: Zavalía.

Lamber, R. A. (2003). *La escritura pública*. 2 Tomos. La Plata: FEN.

Larraud, R. (1966). *Curso de derecho notarial*. Buenos Aires: Depalma.

Legaz y Lacambra, L. (1979). *Filosofía del derecho*. Barcelona: Bosch.

López de Zavalía, F. (1997). Importancia de los antecedentes históricos en el estudio del derecho. *Anales de la Academia Nacional del Derecho de Córdoba*, N° XXXV, año académico 1996. Córdoba: El Copista.

Mariaca Valverde, J. A. (2006). *Teoría y técnica notarial*. La Paz: Artes Gráficas Sagitario.

Mengual y Mengual, J. M. (1933). *Elementos de derecho notarial*. Tº II, Vol. II-Introducción y Parte General (Continuación). Barcelona: Bosch.

Mora Vargas, H. (2013). *La función notarial*. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas.

Mosset Iturraspe, J. (2011). *Derecho Civil Constitucional*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Muñoz, N. R. (2004). *Introducción al estudio del derecho notarial*. Guatemala.

- Mustapich, J. M. (1955). *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*. Tº II. Buenos Aires: Ediar.
- Negri, J. A. (1966). Historia del notariado argentino. En Colegio de Escribanos de la Capital Federal, *Obras de José A. Negri*, Tº III.
- Neri, A. I. (1945). *Ciencia y arte notarial*. Tº I. Buenos Aires: Editorial Ideas.
- Neri, A. I. (1969). *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*. Tº I. Buenos Aires: Depalma.
- Núñez Lagos, R. (1968). *El documento Medieval y Rolandino*. La Plata: Edic. UNA.
- Núñez Lagos, R. (1950). *El documento medieval y Rolandino*. España: Publicación del Ilustre Colegio Notarial de Madrid.
- Núñez Lagos, R. (2001). *El documento notarial y Rolandino*. México: Publicación de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano.
- Núñez Lagos, R. (1950). *Hechos y derechos en el Documento Público*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.
- Orelle, J. M. R. (2008). *Actos e instrumentos notariales*. Buenos Aires: La Ley.
- Ortiz de Di Martino, L. (2007). *Manual de derecho notarial*. Asunción: Marben.
- Otero y Valentín, J. (1933). *Sistema de la función notarial*. Barcelona: Artes Gráficas N. Poncell.
- Passaggeri, R. (2001). *Aurora-Suma del arte notarial (Con adiciones de Pedro de Unzola)*, Versión al castellano de Víctor Vicente Vela y Rafael Núñez Lagos, presentación de Bernardo Pérez Fernández del Castillo. México.
- Pelosi, C. A. (1987). *El documento notarial*. Buenos Aires: Astrea.
- Pérez Fernández del Castillo, B. (2007). *Derecho Notarial*. México: Porrúa.
- Pérez Gallardo, L. y Lora-Tamayo Rodríguez, I. (coord.) (2016). *Derecho Notarial*, Tº I. La Habana: Editorial Félix Varela.
- Pina Toribio, C. (1993). *Temas notariales*. Santo Domingo: Corripio.
- Pondé, E. B. (1967). *Origen e historia del notariado*. Buenos Aires: Depalma.

Rodríguez Adrados, A. (1995). *Escritos jurídicos*, Tº I. Madrid: Consejo General del Notariado.

Rosatti, H. (2016). *El Código Civil y Comercial desde el Derecho Constitucional*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Sanahuja y Soler, J. M. (1945). *Tratado de Derecho Notarial*. Tº I. Barcelona: Bosch.

Toller, F. M (2016). *Sistema de citas y redacción en derecho*. Buenos Aires: Marcial Pons.

Vallet de Goytisolo, J. B. (2004). *Manuales de metodología jurídica*. Tº III. Madrid: CGN.

Vallet de Goytisolo, J. B. (2003). Orígenes del notariado latino en Italia y en España. *Revista Jurídica del Notariado*, Nº 47. Madrid: CGN.

Ventura, G. B. *La Actividad Notarial en el nuevo Código Civil y Comercial*. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=memG2MXdDig> [Fecha de consulta: 23/03/2020].

Villarroel Claire, R. (2005). *Fundamentos de derecho notarial y registral inmobiliario*. Cochabamba: Alexander.

Fecha de recepción: 22-03-2020

Fecha de aceptación: 14-08-2020

La cadena perpetua en el ordenamiento jurídico italiano y argentino. Análisis y comparación

POR MARIO CATERINI(*) Y MARIO EDUARDO MALDONADO SMITH(**)

Sumario: I. La pena y su función.- II. La cadena perpetua bajo el perfil de los derechos humanos.- III. La cadena perpetua —*ergastolo*— en la legislación italiana.- IV. La jurisprudencia constitucional italiana.- V. La cadena perpetua en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.- VI. Reflexiones sobre el *ergastolo* en la legislación italiana.- VII. La prisión perpetua en el ordenamiento jurídico argentino.- VIII. La jurisprudencia argentina frente a la prisión perpetua.- IX. Reflexiones sobre la cadena perpetua en el caso argentino.- X. Bibliografía.

Resumen: la cadena perpetua asume diversas modalidades, tanto en la legislación argentina como en la italiana. En estas modalidades se observan incompatibilidades con los derechos fundamentales y principios del derecho penal, tales como la razonabilidad, la proporción, la igualdad, la finalidad reeducativa de la pena y la culpabilidad. Asimismo, se analiza el instituto de la cadena perpetua como tal y se realizan diversas reflexiones en torno a su legitimidad en contextos de Estados libres y democráticos de derecho.

Palabras clave: cadena perpetua - ergastolo - reeducación - reinserción social - finalidad de la pena

(*) Prof. Titular de Derecho Penal, Università de la Calabria, Italia Dir. del Instituto de Estudios Penales “Alimena”, Centro de Investigación Interdepartamental: www.unical.it/dices/ispa

(**) Prof. Derecho Penal Económico, Universidad Internacional de la Rioja. Asesor parlamentario en el Congreso de la Unión de México.

Life imprisonment in Italian and Argentinian law. A comparison

Abstract: *the life imprisonment assumes various modalities in Argentine and Italian legislation. In these modalities it's possible to find diverse incompatibilities with fundamental rights and principles of criminal law, such as reasonableness, proportionality, equality, the reeducational purpose of punishment and the culpability. Likewise, the institute of life imprisonment as such is analyzed and various reflections are made regarding its legitimacy in contexts of free and democratic states of law.*

Keywords: *life imprisonment - ergastolo - social reeducation - reintegration - purpose of punishment*

I. La pena y su función

Rudolf von Jhering señalaba que “la historia de la pena es una continua abolición” (1972, p. 269), en el sentido que progresivamente las sanciones han venido atenuándose, pasando de ideas retributivas, fundadas en el sufrimiento y la venganza, a otras que postulan la defensa de la dignidad de todo ser humano.

Tras la primera y la segunda guerra mundial, los derechos inherentes a la condición humana son retomados, reconociendo que existe un núcleo intangible que debe ser tutelado y que se encuentra más allá de toda consideración política, religiosa, mayoritaria o utilitarista (Maldonado Smith, 2015, p. 106 y ss.). La Constitución Italiana de 1948, en este contexto, reconoce y garantiza en su artículo 2 “los derechos inviolables del hombre”.

Los derechos fundamentales suponen, como substrato esencial, la idea de dignidad humana (Höffe, 2001, p. 124). Es esta idea la que funda la necesidad de proteger una “esfera de lo indecible” frente a cualquier poder que pueda amenazarla, sobre todo el del propio Estado (Garzón Valdés, 1993, p. 644; Ferrajoli, 2011, p. 775).

Además, la idea de dignidad se refiere no a un particular sujeto sino a cualquier ser humano, sin que para ello sea relevante alguna condición (Dworkin, 2007, p. 471; Nino, 1989, p. 43). Por ello, la dignidad debe ser respetada y garantizada, tanto al más ejemplar de los individuos como al más cruel y sanguinario de los delincuentes.

He aquí el punto de partida en la discusión del presente ensayo, la compaginación —no pocas veces difícil— entre el uso legítimo de la fuerza pública y el respeto a la dignidad del ser humano (Pulitanó, 2018, p. 1 y ss.). Más concretamente, la compatibilidad entre la ley penal y sus sanciones con el respeto a la condición humana, específicamente, tratándose de la cadena perpetua.

La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea prevé en su artículo 1 que la dignidad humana es inviolable y que debe ser respetada y tutelada. El artículo 2 del Tratado de la Unión Europea establece que esta se funda en los valores del respeto a la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el estado de derecho y el respeto de los derechos humanos. El artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que todo individuo privado de su libertad debe ser tratado con humanidad, en el respeto de la dignidad inherente a la naturaleza humana. La Constitución Italiana, en su artículo 3, párrafo 1, dispone que todos los ciudadanos tienen igual dignidad social y que son iguales frente a la ley.

De otra parte, al Estado corresponde garantizar la seguridad, el orden y la paz a los individuos, razón por la cual se justifica el uso del poder punitivo para reprimir las conductas que lesionan a la sociedad (Moccia, 1992, p. 109 y ss.; Mongillo, 2009, p. 175; Avitabile, 2014, p. 235 y ss.) y, al mismo tiempo, que la represión de las conductas delictivas sea realizada con respeto a la dignidad (Spangher, 2019, p. 1567; Ragimov, 2015, p. 103 y ss.).

Estas consideraciones valen, al menos, bajo la óptica de un sistema penal garantista que renuncia a una función meramente retributiva/aflictiva de la pena. Esta, como es sabido, no tiene una única función, si no, más bien, depende del sistema político y social en el cual se inscribe (Mongillo, 2009, p. 178; Naucke, 2002, p. 36; Nuvolone, 1982, p. 817; Marinucci, 1974, p. 50), de ahí que pueda ser utilizada como un instrumento de simple retribución, de intimidación general e individual o bien como un instrumento que permita la recuperación social de quien delinque y también de la sociedad (Moccia, 1992, p. 39 y ss.). Los Estados liberales y garantistas optan por dar prevalencia a estas últimas finalidades, reconociendo en la pena elementos dirigidos a la tutela del propio individuo y de la sociedad (Ragimov, 2016, p. 45; Mir Puig, 1999, p. 64; Lascano, 2005, p. 97).

El sistema italiano hace parte del modelo liberal garantista al reconocer en su Constitución (artículo 27, co. 3) que la pena —de entre las diversas funciones que puede tener (Zaffaroni, 2009, p. 20)— se dirige a la re-educación social del individuo, propósito central de las constituciones inspiradas en los principios del Estado social (Moccia, 1992, p. 83 y ss.; Mongillo, 2009, p. 174; Palombino, 2017, p. 2; Fiandaca, 1991, p. 342 y ss.).

La Corte Constitucional italiana, en su sentencia N° 313 de 2 de julio de 1990, señalaba:

(...) la reintegración, la intimidación, la defensa social, son valores que tienen un fundamento constitucional pero que no es tal que permita autorizar la lesión de la finalidad reeducativa de la pena (...). Si la fina-

lidad de la pena viniera orientada hacia aquellos otros diversos caracteres, antes que al principio de reeducación, se correría el peligro de instrumentalizar al individuo hacia fines generales de política criminal (prevención general) o de privilegiar la satisfacción de las necesidades colectivas de estabilidad y seguridad (defensa social), sacrificando al individuo a través de la ejemplaridad de la sanción.

La privación de la libertad de una persona como consecuencia de una pena no comporta una disminución en su condición humana (Zaffaroni, 2009, p. 44). Antes bien, es precisamente durante la privación de la libertad de una persona cuando frecuentemente la dignidad viene atropellada por las condiciones en las que el individuo se encuentra o por la misma condena que se le impone. Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDU) en la sentencia *Campbell e Fell vs. Reino Unido* señaló que la tutela de los derechos fundamentales no puede “detenerse a las puertas de las prisiones”.

En un contexto liberal y garante de la condición humana, algunas penas resultan, por decir lo menos, difíciles de justificar; la cadena perpetua es una de ellas.

II. La cadena perpetua bajo el perfil de los derechos humanos

Respecto de la cadena perpetua, Beccaria reconocía el gran carácter aflictivo que esta tenía sobre los individuos, reconociendo que la duración “a perpetuidad” de la sanción permite al individuo reflexionar sobre sus crímenes y provoca en él mucho mayor sufrimiento que la pena de muerte (Manacorda, 2015, p. 165 y ss.). En un párrafo de *Dei delitti e delle pena* puede leerse: “si se me dijese que la esclavitud perpetua es tan dolorosa, y por tanto igualmente cruel que la muerte, responderé que sumando todos los movimientos infelices de la esclavitud lo será aún más; porque estos se reparten sobre toda la vida, y aquella ejercita toda su fuerza en un momento” (Beccaria, 2015, p. 59).

Como hemos indicado, en un contexto caracterizado por el reconocimiento de los derechos fundamentales, la dignidad se constituye como piedra angular bajo la que debe construirse el sistema penal. Todos los instrumentos internacionales que reconocen el monopolio legítimo de la fuerza estatal en el combate y la represión de los crímenes disponen que los mecanismos empleados por el Estado deben respetar esa dignidad, por lo que no son admisibles medidas contrarias al sentido de humanidad (la Constitución italiana lo reconoce literalmente en su artículo 27, párrafo tercero, y la argentina implícitamente en su artículo 18 y, explícitamente, mediante la correlación del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional (CN) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) en su artículo 11 (Petrino, 2013, pp. 203 y ss.).

La persona privada de su libertad siempre es portadora de sus derechos inalienables. En consecuencia, la pena debe estar orientada a la garantía de esa dignidad (Fiorella, 2018, p. 110). En la mayor parte de los Estados constitucionales y democráticos de derecho, la pena se compatibiliza con la defensa de la dignidad mediante la idea de reinserción social (Scordamaglia, 2016, p. 110 y ss.; Mongillo, 2009, p. 179; Trapani, 2018, p. 1693 y ss.). La pena es vista como una herramienta dirigida a la recuperación y a lograr la reintegración del individuo en el tejido social; por tal razón, entre otras medidas, se reconoce —al menos en los Estados garantistas— la incompatibilidad de la pena de muerte, así como la implementación de medidas sancionatorias consistentes en tortura, tratos inhumanos, crueles o degradantes (Risicato, 2015, p. 1251; Pulitanò, 1981, pp. 155 y ss.). El principio de la reinserción social supone, como una lógica derivación, que un día el individuo podrá recuperar su libertad, siempre que, como resultado del tratamiento sancionatorio, demuestre una reorientación pro activa de respeto y convivencia social (Brucale, 2019, p. 1314).

La cadena perpetua, como originalmente fue concebida, se contrapone completamente a esta perspectiva de liberación. La perpetuidad es el reconocimiento de la incapacidad del Estado para lograr la reintegración social del individuo y deja a la pena con un carácter meramente aflictivo. La *ratio* de la cadena perpetua se reduce así a ser mera venganza, tormento y sufrimiento. Se renuncia a la concepción de la persona como fin en sí mismo y se le instrumentaliza para otros fines político/sociales (Mongillo, 2009, p. 176; Risicato, 2015, p. 1248; Vianello e Padovan, 1999, p. 247). Al final, esta pena no es en esencia muy diversa de la de muerte (Ragimov, 2016, p. 138; Pulitanò, 1981, pp. 155 y ss.); es la reclusión del individuo de por vida, su idea de fondo es la completa eliminación de la persona del contexto social (Dolcini, 2018, p. 25).

En regímenes totalitarios, que instrumentalizan al individuo con fines políticos o sociales, puede justificarse como medida de neutralización del individuo (Zaffaroni, 2009, p. 19 y ss.), pero no así en un sistema que apuesta por los derechos humanos, porque la cadena perpetua es la renuncia al ideal de la reinserción social sobre el que se funda la pena (Mosconi, 2008, p. 29; Ferrajoli, 1989, p. 292; Catedráticos de Derecho Penal, p. 18). En Estados liberales y garantistas, la pena privativa de la libertad es ya el corolario de la *extrema ratio* de la norma penal (Caterini, 2017, p. 102; Muñoz y García, 2002, p. 59), que viene a aplicarse no como una mera sanción retributiva sino como un instrumento dirigido tanto a la prevención de posteriores crímenes —prevención general positiva—, como a la reinserción social de quien delinque —prevención especial positiva— (Ferrajoli, 1985, p. 456 y ss.; Sgubbi, 1998, p. 36; Di Nuovo, 2012, p. 299).

La pena, como bien sabemos, puede tener un solo objetivo (la retribución) o tantos otros como se quiera, pero, en un sistema fundado en el respeto a los

derechos inherentes a la persona, solo puede justificarse una pena dirigida a la protección de la persona, aún de aquella que ha cometido el más terrible de los delitos, pues ello no determina su *estatus* de persona ni menoscaba su dignidad (Franco Serrano, 2019, p. 408 y ss.).

III. La cadena perpetua —*ergastolo*— en la legislación italiana

En Italia, la cadena perpetua se denomina “*ergastolo*” y se encuentra prevista como la máxima pena en el Código Penal (CP) —artículo 22— (Mosconi, 2008, p. 17; Pulitanò, 1981, pp. 158; Padovani, 2018, p. 27 ss.). Su aplicación se reserva a algunos delitos contra la personalidad del Estado (por ejemplo, el artículo 242 CP), contra la incolumidad pública, contra la vida (homicidio agravado, artículos 576 y 577 CP), el homicidio derivado de actos de tortura (artículo 613 bis) o derivado de secuestro con objeto de terrorismo, subversión o extorsión (artículo 289 bis, co. 3 y artículo 630 co. 3).

A través de diversas reformas legislativas, el tratamiento de la persona condenada al *ergastolo* y la característica de la perpetuidad ha sido erosionado a tal grado que, hoy día, la persona condenada a dicha pena goza, en principio, de la posibilidad de acceder a diversos beneficios penitenciarios —como cualquier otra persona condenada—, por ejemplo, el trabajo en espacios abiertos, actividades recreativas y deportivas, el acceso a permisos premio, la semilibertad o la libertad condicional (Risicato, 2015, p. 1246). Este perfil delinea una primera versión del *ergastolo* que, como veremos, resulta ser multifacético.

En el año de 1962, mediante la ley de 25 de noviembre de 1962, N° 1634, se admitió la posibilidad de conceder la liberación condicional a las personas condenadas al *ergastolo* (artículo 176, co. 3, CP), a condición de que se hubieren cumplido al menos 28 años de condena efectiva y siempre que durante tal periodo se hubiera demostrado una buena conducta (Bruciale, 2019, p. 1308). Más tarde, en 1986, mediante la llamada “Reforma Gozzini” (ley 10 de octubre de 1986, N° 663), el tiempo para solicitar la libertad condicional se redujo a 26 años y, adicionalmente, a los *ergastolano*s fueron concedidos otros beneficios (Dolcini, 2018, pp. 7-8).

En los años 90, Italia atravesó por un momento de gran violencia derivado fundamentalmente del combate a las organizaciones mafiosas y al terrorismo. Bajo este contexto fue aplicada la llamada “legislación de la emergencia” (Moccia, 1997 y 2009; Mongillo, 2009). En 1991, la ley de 12 de julio de 1991, N° 203, creó el artículo 4 bis del Ordenamiento Penitenciario (en adelante OP). En este artículo se dispusieron las condiciones bajo las cuales los condenados que hubiesen cometido delitos particularmente graves (vinculados al terrorismo y a la asociación mafiosa) podrían acceder a medidas alternativas a la detención, así como otros

beneficios. Los delitos enunciados en este artículo originalmente eran pocos y específicos; la colaboración con la justicia se disponía como un estímulo para acceder a medidas alternativas a la detención, disminuyendo los tiempos ordinarios que se requerirían para acceder a los mismos.

Más tarde, ante sucesos como el asesinato de los magistrados Giovanni Falcone y Paolo Borsellino, se reforzó la legislación de la emergencia, modificando el artículo 4 bis OP (Galliani y Pugliotto, 2017, p. 46; Travaglia Cicirello, 2019, p. 366) e incluyéndose en él una amplia categoría de delitos: mafia y terrorismo (incluido el internacional), subversión del orden democrático, tráfico de personas, explotación de la prostitución de menores y explotación de menores en la producción de material pornográfico, violencia sexual de grupo, secuestro de personas con objeto de extorsión, delitos en materia de droga y tráfico de migrantes. Sin embargo, la intervención más incisiva transformó completamente la *ratio* del artículo, pasando de un estímulo a una condición necesaria a fin de poder acceder a los beneficios penitenciarios. Se dispuso que los condenados a tales delitos no podrían ser admitidos a los beneficios penitenciarios ni a las medidas alternativas a la detención (con excepción de la liberación anticipada) si no colaboran útilmente con la justicia (excepto cuando la colaboración fuere imposible o irrelevante); he aquí el nacimiento del conocido “*ergastolo ostativo*” (Dolcini, 2018, p. 8; Pugliotto, 2017, p. 1518 y ss.).

Finalmente, el régimen de la excepcionalidad del *ergastolo ostativo* (artículo 4 bis OP) venía a ser aún más excepcional mediante otra nueva forma de cadena perpetua (un *ergastolo* de tercer tipo), producto de la vinculación del artículo 4 bis y el 58 *quater*, co. 4, OP.

Este *ergastolo*, nacido con el propósito de hacer frente a una situación mediática, de alarma y peligro —siempre en el contexto de la permanente legislación de la emergencia— (Flick, 2009, p. 65), resultaba aplicable al delito de secuestro de personas con objeto de terrorismo, subversión o extorsión, seguido de la muerte de la víctima (artículo 289 bis co. 3 CP y artículo 630 co. 3 CP). El ceño distintivo de esta modalidad radicaba en que, además de la colaboración con la justicia, era necesario superar la barrera temporal dispuesta por el legislador consistente en la efectiva expiación de, al menos, 26 años de prisión para poder acceder a alguno de los beneficios penitenciarios del artículo 4 bis OP —quedaba fuera la libertad anticipada, ex artículo 54 OP— (Dolcini, 2018, p. 10; Galliani, 2018, p. 911),

Frente a los diversos tipos de *ergastolo* existentes en la legislación italiana, la jurisprudencia nacional e internacional ha tenido, en tiempos recientes, múltiples intervenciones que han llevado a declarar lo que ya desde hace mucho tiempo se evidenciaba, y es la oposición de estas figuras con principios centrales del ordenamiento italiano como la función reeducativa de la pena, el principio de

racionalidad y de igualdad, así como la prohibición de penas contrarias al sentido de humanidad.

IV. La jurisprudencia constitucional italiana

La Corte Constitucional italiana ha tenido oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones sobre el *ergastolo*, defendiendo, en principio, su compatibilidad con los principios constitucionales bajo diversas consideraciones. En el año de 1974, mediante la sentencia 21 de noviembre de 1974, N° 264, la Corte Constitucional analizó la legitimidad del *ergastolo* en términos del artículo 27, co. 3 de la Constitución, concluyendo su compatibilidad bajo el argumento del carácter polifuncional de la pena y la eventual posibilidad de acceso a la liberación condicional (Mosconi, 2008, p. 25).

En el año 1994, mediante la sentencia de 28 abril, N° 168, el *ergastolo* nuevamente viene atemperado, en esta ocasión respecto de su aplicabilidad a los menores de edad en términos del artículo 27, co. 2 y 31, co. 2 de la Constitución (protección de la infancia y la juventud). La Corte, en esta sentencia, nuevamente defiende en términos generales el instituto del *ergastolo*, considerando que no es más aquella figura prevista originalmente en el Código Penal de 1930 en tanto puede ser reducible y el condenado acceder a diversos beneficios que le permitan un día recuperar su libertad.

En el año 2003, mediante la sentencia de 9 de abril, N° 135, la Corte analizó la figura del *ergastolo ostativo*, justificando su compatibilidad constitucional en tanto el carácter de perpetuidad puede ser reducido en aquellos casos en los que el condenado decide colaborar con la justicia. Además, argumentó que la elección de colaborar —o no— es una expresión de la libertad de la persona, de tal manera que no existe coacción, no se “constríne” al individuo a declarar, es la libre elección la que determina el acceso a los beneficios y no una suerte de “automatismo legal”; por ello, no es un tratamiento deshumano, ni se opone al principio reeducativo del artículo 27, co. 3 de la Constitución (Dolcini, 2018, pp. 15-16).

A la par, en esa misma sentencia, la Corte respaldó lo que vendría a ser una presunción absoluta de peligrosidad para quienes no colaboran con la justicia (más allá de aquellos casos de colaboración imposible o irrelevante). En efecto, la disposición normativa permite considerar que la no colaboración evidencia un mantenimiento de los vínculos con la delincuencia, por lo que este mantiene el carácter de peligroso. De este modo, y reafirmando un parecer suyo desarrollado en la sentencia N° 273 de 20 de julio de 2001, la Corte determinó que la voluntad de colaborar con la justicia es un mecanismo congruo que permite verificar la disolución del lazo que une a la persona con la asociación criminal “(...) solamente

la elección de colaborar expresa con certeza la voluntad de enmienda que el ordenamiento penal debe tender a realizar”.

En la sentencia N° 149, de 11 de julio de 2018, la Corte Constitucional determinó la incompatibilidad de una de las formas de *ergastolo* (el régimen dispuesto por el artículo 58 *quater*, co. 4, OP en vinculación con el 4 bis, co. 1, OP), por contrastar con los principios de racionalidad e igualdad en el tratamiento penitenciario (artículo 3, Constitución Italiana) y por ser incompatible con la finalidad reeducativa de la pena (artículo 27, co. 3, Constitución Italiana). En esta forma de *ergastolo*, aun colaborando con la justicia, el condenado no podía tener acceso a los beneficios penitenciarios sino hasta pasados 26 años de condena efectiva y ello, de acuerdo con la Corte, resultaba contrario a la progresividad del tratamiento penitenciario dispuesto por la propia ley (artículos 21, 50, co. 4, 58, co. 4, OP y 176 Cód. Penal), blocándolo por ese lapso de tiempo. Además, la Corte consideró que se contradecía el principio de igualdad (artículo 3, Constitución italiana) porque creaba un régimen diverso que negaba a los ergastolanos los beneficios a los que sí pueden acceder otras personas condenadas al *ergastolo*. Finamente, en cuanto a la finalidad reeducativa de la pena (artículo 27, co. 3, Constitución Italiana), la Corte consideró que venía vulnerado porque el régimen aplicado hacía nugatorio el comportamiento realizado por el individuo en prisión. Solo la categoría objetiva del delito automatizaba la negación de beneficios penitenciarios y, sin duda, ello generaba también una apatía en el individuo por participar en su reinserción social, viniendo a menos la función de reeducación constitucionalmente prevista (Travaglia Cicirello, 2019, p. 365; Urbinati, 2018, p. 1100).

Más recientemente, en la sentencia N° 253 del 23 de octubre de 2019, la Corte Constitucional se pronunció respecto de la ilegitimidad del artículo 4 bis, co. 1, OP, en el caso de la exclusión de los “permisos-premio” a quien no colabora con la justicia. La Corte señaló que es correcto valorar positivamente a quien después de condenado presta una colaboración útil y eficaz, pero otra cosa, completamente desproporcionada e irracional, es la aplicación de un tratamiento penitenciario peor y que nada tiene que ver con el delito cometido, solo por el hecho de no colaborar: “Una cosa es la atribución de valor positivo al comportamiento de quien, incluso después de la condena, presta una colaboración útil y efectiva, otra cosa es la imposición de un tratamiento peor al detenido que no colabora, supuesto *iuris et de iure* como persona implicada en el crimen organizado y, por tanto, socialmente peligrosa” (*considerato in diritto*, 8.1).

La Corte reconoció, además, que la automática negación del acceso a los “permisos-premio” por la decisión de no colaborar violentaba el principio reeducativo de la pena porque impedía valorar de modo individualizado los progresos del condenado, negándole automáticamente el acceso a esos beneficios que han

sido pensados precisamente como un instrumento para la reinserción social. Finalmente, la Corte indicó que la presunción de peligrosidad —derivada de la no colaboración— no puede ser absoluta, sino relativa y valorada, además, conforme a los progresos del individuo en su proceso de resocialización, así como en otros elementos que permitan dar certeza de que el individuo ha excluido su relación con la criminalidad.

La sentencia de la Corte Constitucional en relación a los permisos-premio es, sin lugar a dudas, de enorme trascendencia, pero no afronta aún el problema de fondo: la ostatividad (que permanece para los restantes beneficios penitenciarios previstos en el artículo 4 bis, co. 1 OP). La Corte, naturalmente, se pronunció únicamente respecto de los permisos porque fue esta la cuestión sometida a examen en la sentencia. Sin embargo, los razonamientos empleados por la Corte Constitucional resultan plenamente aplicables a los restantes beneficios penitenciarios.

V. La cadena perpetua en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La Corte de Estrasburgo ha tenido también ocasión de pronunciarse sobre la cadena perpetua. Su jurisprudencia se ha enriquecido con el pasar de los años, reconociendo bajo determinadas características su compatibilidad con la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH o, en italiano, CEDU), en particular, con su artículo 3, que determina la prohibición de la tortura y las penas o tratamientos inhumanos o degradantes.

En la sentencia *Kafkaris vs. Cipro*, 12 febrero de 2008, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDU) consideró que los Estados tienen la obligación, de acuerdo con los parámetros de la CEDU, de disponer la existencia de mecanismos de revisión —aunque no sean jurisdiccionales— y que permitan *de iure* y *de facto* la posibilidad de que el condenado pueda recuperar su libertad (Brucale, 2019, p. 1304).

En el año 2013, en la sentencia *Vinter vs. Reino Unido* (sentencia de 9 de julio de 2013), el tribunal de Estrasburgo señaló que el condenado debe saber, desde el momento en que se le condena, aquello que debe de hacer a fin de alcanzar la posibilidad de una revisión de su condena. Se trata, en palabras del tribunal, de un derecho esencial a la “esperanza”. Además, determinó que la decisión de la autoridad de poder reexaminar la situación del condenado debe estar motivada y debe ser previsto un recurso jurisdiccional en caso de negativa (Landa Gorostiza, 2017, p. 114 y ss.).

En 2017, derivado del caso *Matiosaitis vs. Lituania* (sentencia del 7 de junio), el Tribunal reafirmó que no basta la existencia de cualquier recurso para que la

cadena perpetua pueda ser combatible con la Convención, es necesario un mecanismo que sea previsible y sujeto a revisión, de tal forma que un instrumento como la “solicitud de perdón”, conferida al Presidente de la República de Lituania, no basta para considerar que este mecanismo es compatible con la CEDU porque tal instrumento está revestido de una total e ilimitada discrecionalidad (Galliani y Pugiotto, 2017, p. 34).

Más recientemente, el TEDU se ha pronunciado precisamente sobre el *ergastolo ostativo* en Italia, mediante la sentencia *Viola vs. Italia*, del 13 de junio de 2019. En este caso, el Tribunal determinó que el *ergastolo ostativo* era una pena que, de *facto*, no era reducible, ya que en la hipótesis de que el condenado no colaborase con la justicia, la pena no permitía ninguna posibilidad de modificación y, además, convertía en irrelevante la conducta que el individuo hubiese desempeñado durante el tiempo de reclusión, contrastando esta situación con la dignidad inherente al ser humano tutelada por el artículo 3 de la CEDU (Santini, 2019, p. 1 y ss.).

La Corte Europea, además, determinó que la decisión de colaborar o no con la justicia no podía ser —como argumentaba el Estado— el resultado de una decisión libre y voluntaria del condenado (ante por ejemplo el temor fundado a posteriores represalias), ni equiparada como una permanente prueba de vinculación del individuo con la criminalidad. De ahí que la ausencia de la colaboración no podía ser considerada como un vínculo al cual subordinar la concesión de beneficios durante la ejecución de la pena y mucho menos podía impedir en modo automático la valoración de una progresiva reinserción del detenido en la sociedad (Mori y Alberta, 2019, p. 1 y ss.)

Como podemos ver, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que determina la compatibilidad o no de la cadena perpetua con la CEDU es la posibilidad de que este sea reducible de *jure* o de *facto* con lo que, en última instancia, viene a justificarlo siempre que no responda más al carácter de la perpetuidad (Franco Serrano, 2019, p. 399 y ss.; Serrano Pérez, 2018, p. 109). En el fondo, la jurisprudencia del TEDU lo que reconoce es la inherente dignidad de todo ser humano, aún de aquellas personas condenadas por los más terribles crímenes, en tanto aún estos individuos son personas y tienen el derecho a la esperanza por recobrar algún día su libertad.

VI. Reflexiones sobre el ergastolo en la legislación italiana

Hemos visto que, la legislación italiana prevé tres formas de *ergastolo*: el común, el del régimen de *ostatividad* y el de *ostatividad* agravada mediante el necesario cumplimiento de 26 años de prisión.

La Corte Constitucional ha declarado la ilegitimidad de la tercera forma de *ergastolo* y, recientemente, se ha pronunciado en cuanto a la ilegitimidad de la segunda forma en relación con los “permisos-premio”. El *ergastolo* común se mantiene y seguramente su suerte será la de permanecer aún en el ordenamiento italiano una vez señalada la compatibilidad de esta figura con la finalidad reeducativa de la pena y la CEDU en razón de su “reducibilidad”.

Respecto de la forma de *ergastolo* previsto en el artículo 58, 4 co, OP (el tercer tipo), se evidenciaba ya desde mucho tiempo su incompatibilidad con los principios constitucionales, particularmente con la función reeducativa de la pena (artículo 27, co. 3, Constitución italiana) y el principio de igualdad (artículo 3 Constitución italiana). Este generaba una suerte de automatismo contrario al carácter dinámico e individualizado de la pena. Es decir, la pena no venía concebida como un instrumento dinámico en el que, a partir de los progresos individuales del individuo en su reinserción social, podía valorarse su acceso a diversos beneficios penitenciarios que lo llevarán un día a recobrar su libertad. La previsión del artículo 58 contrastaba completamente con esta perspectiva pues automáticamente decidía la suerte del individuo por 26 años independientemente de su comportamiento desplegado.

Ilógicamente, esta forma de *ergastolo* permitía el acceso a la liberación anticipada, una situación que en la práctica resultaba imposible pues para ello el juez debía valorar su progreso en el tratamiento penitenciario que, como se ha visto, dispone de una lógica progresiva (trabajo externo, permisos-premio, semi libertad y libertad condicional) (Galliani y Pugiotta, 2017, p. 5).

Por otro lado, la igualdad también venía sacrificada porque no existía ningún fundamento racional que permitiera justificar la disparidad de tratamiento existente entre el régimen dispuesto por el artículo 58, co. 4. y el 4 bis, co. 1, del OP, no se diga ya en el caso de los *ergastolanos* comunes, a quienes no resultaba aplicable ninguno de los dos regímenes anteriores (Galliani, 2018, p. 911).

El *ergastolo* también vulneraba flagrantemente el principio constitucional contenido en el artículo 13, co. 4, de la Constitución, donde se prevé la prohibición de toda violencia física y moral sobre las personas sometidas a restricción de libertad. En efecto, la obligatoria expiación de 26 años de pena sin importar en absoluto la conducta desplegada por la persona en prisión, venía a ser mera aflicción, arbitrio y sufrimiento. En este panorama, la pena dejaba de ser legítima para constituirse en una violencia irracional del Estado, que bien podía calificarse de tortura (Chinnici, p. 10). El individuo, hiciera lo que hiciera, aún incluso colaborar con la justicia, era considerado en abstracto peligroso, solamente en razón del tipo de delito cometido. La finalidad de la pena era, por un lado, la de intimidación social a quien cometiera ese tipo de delitos (prevención general negativa) y, por el

otro, de carácter retributivo en tanto que por el delito cometido debían cumplirse inexorablemente al menos 26 años de cárcel. El Estado, mediante esta previsión normativa, expropiaba automáticamente lo que constituye aproximadamente un tercio de la vida media de una persona, con el único objetivo de castigarlo (Galliani y Pugliotto, 2017, p. 21).

En cuanto a la segunda forma de *ergastolo*, el *ostativo* (artículo 4 bis OP), supone no ya un elemento temporal sino un parámetro eminentemente subjetivo, que es la colaboración con la justicia, y que se constituye como una condición necesaria para el acceso a los beneficios penitenciarios, más allá de la colaboración imposible o irrelevante.

En pasado, la Corte Constitucional defendía su legitimidad constitucional en virtud del carácter reducible de la perpetuidad, en tanto esta podía venir a menos si se decidía colaborar con la justicia. Bajo una idílica manifestación de la “libre elección” de la persona, se justificaba que colaborar era un símbolo de la voluntad de cambio del sujeto (Bontempelli, 2017, p. 1527 y ss.).

Sin embargo, la colaboración —o no— con la justicia es un proceder que no *per se* puede ser calificado como una condición absoluta para determinar la peligrosidad del individuo (Dolcini, 2017, p. 1500). Más aún, poco tiene que ver con una lógica de reeducación del sujeto, pues resulta evidente la posibilidad de colaborar por motivos meramente instrumentales que permitan acceder a una eventual liberación. La colaboración, antes bien, carece de toda lógica en un sistema teleológico orientado a la reeducación del delincuente, pues, en caso de no colaborar, se niega toda esperanza a la recuperación social (Pugliotto y Musumeci, 2015, p. 82 y ss.).

La colaboración con la justicia fue pensada originalmente como un instrumento de incentivación que, de una parte, permitía reducir los tiempos normales para el acceso a ciertos beneficios penitenciarios: estos no venían negados en caso de no colaborar, simplemente seguían su temporalidad normal (Risicato, 2015, p. 1248). La incoherencia derivada de la modificación legislativa al artículo 4 bis OP, en 1992, fue que el “colaborar” pasó a ser la única posibilidad para acceder a una eventual liberación, sin tomar en consideración las múltiples razones por las que una persona puede decidir no colaborar: el temor fundado de una represalia en carne propia o dirigía a familiares o seres queridos; el deseo de no sacrificar a otra persona a cambio de sí mismo o, simplemente, la libertad moral de no acusar a nadie (Chinnici, 2015, p. 5).

El postulado idílico de la libertad del hombre para decidir colaborar o no, en el fondo, no era así (o al menos no en todos los casos), porque no puede ser libre quien teme que su colaboración provoque represalias a sí mismo o a las personas

queridas, o bien, que procediendo en tal modo traiciona su conciencia y los valores en los que fundamenta su proceder.

La colaboración con la justicia no puede ser un criterio absoluto para determinar la voluntad de cambio de la persona condenada ni mucho menos dar lugar a un automatismo legislativo respecto de las consecuencias jurídicas relativas a la concesión, o no, de los beneficios penitenciarios (Palombino, 2017, p. 11). Como hemos señalado, una persona puede tener toda la voluntad de cambio para reintegrarse en la sociedad y, no obstante, decidir no colaborar con la justicia por alguna particular razón. A la inversa, uno puede colaborar, sin tener una real voluntad de cambio, sin haberse arrepentido jamás por el crimen realizado y utilizarla solo como una estrategia para la reducción de la condena, para salir de prisión y regresar a la vida criminal (Galliani y Pugiotta, 2017, p. 55).

La *ostatividad* fue un acto de rabia, impotencia y de venganza hacia la criminalidad (se piense en el asesinato de Giovanni Falcone o de Paolo Borsellino), su finalidad fue la de crear un “confesionario” para dismantelar las organizaciones criminales y mafiosas, golpeándolas desde su interior, permitiendo los beneficios penitenciarios solo a aquellos “arrepentidos” que confesaran. De ahí que también puede ser visto como una violación a la dignidad humana porque instrumentaliza a la persona (Dolcini, 2018, p. 16; Brucale, 2019, p. 1308).

El individuo debe ser sancionado únicamente por la conducta desplegada en pasado y que haya lesionado bienes jurídicos (Moccia, 1995, p. 343; Caterini, 2004, p. 331; Cavaliere, 1998, p. 85). Mediante el requisito de la cooperación con la justicia, lo que sucede es que el individuo viene ulteriormente sancionado, no ya por lo que ha hecho sino por ser un tipo particular de persona, es decir, aquella que no colabora con la justicia, que decide guardar silencio ¡ejercitando un derecho fundamental! En suma, se trata de un tipo penal de autor (Caterini, 2016, p. 155; Zaffaroni, 2009, p. 37; Ragimov, 2015, p. 91 y ss.), en el que el castigo por no colaborar (la perpetuidad) resulta ser aún más grave que el delito cometido (Musumeci, 2012, p. 38).

Por si fuera poco, el *ergastolo ostativo* también presenta problemas en relación a los tipos penales a los que puede venir aplicado. El artículo 4 bis OP, otrora limitado a su aplicación en casos vinculados con la asociación mafiosa y el terrorismo, hoy día se caracteriza por la heterogeneidad de delitos a los que resulta aplicable y que poca relación uniforme guardan entre sí. La ausencia de uniformidad en estos tipos penales ya en sí plantea serias dudas en cuanto al cumplimiento de los principios de racionalidad, proporcionalidad e igualdad en la aplicación de la ley penal. El 4 bis es una vez más una clara muestra de la discrecionalidad del legislador en la construcción de reglas penales irracionales y, además, contrarias a la

Constitución, pues manifiestamente sobrepasa el límite formal y material del que dispone en la elaboración de los tipos penales (Fiorentin, 2019, p. 1606).

La Corte Constitucional ha reconocido mediante la sentencia N° 253 del 23 de octubre de 2019 las incompatibilidades del *ergastolo ostativo* con la Constitución, pero lo ha realizado únicamente respecto de la materia objeto de la consulta que se le ha presentado (los permisos-premio), manteniéndose aún la *ostatividad* respecto de los demás beneficios penitenciarios dispuestos por el artículo 4 bis OP. Las razones que han guiado a declarar la ilegitimidad constitucional objeto de la consulta, con toda lógica pueden ser extrapoladas al instituto del *ergastolo ostativo* en su generalidad.

VII. La prisión perpetua en el ordenamiento jurídico argentino

La Constitución de la Nación (CN) establece en artículo 18 que “las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda otra medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice” (Quiroga Lavié, 2009, p. 440).

A la par, el artículo 75, inc. 22, recoge diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos y dispone su jerarquía constitucional, entre estos: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

La CADH prohíbe, en su artículo 5, inciso 2, la imposición de “penas crueles, inhumanas o degradantes”, y el inciso 6 dispone que “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados”. Similar previsión puede encontrarse en el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Ley de ejecución penal (ley 24.660), tras las reformas introducidas por la ley N° 27.375 (B.O. 28/07/2017), dispone, en su artículo 1, que

La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto.

Igualmente, el artículo 6 de dicha ley establece el “régimen de progresividad” y el artículo 12 lo desarrolla señalando cuatro periodos: la observación, el tratamiento, la prueba y la libertad condicional (Curotto, 2012, p. 9).

Los principios constitucionales, así como la normativa internacional a la cual se ha sujetado el Estado argentino, permiten concluir que el ordenamiento penal excluye completamente cualquier pena con el único fin de castigo (Zaffaroni, 1995, p. 115) y que, por tanto, la pena solo puede estar dirigida a la resocialización. La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha expresado que, a la par de garantizar la seguridad, como un deber primario del Estado “importa también resguardar los derechos de los penados, cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema y al que no sirven formas desviadas del control penitenciario” (caso Badín, sentencia de 19 de octubre de 1995, fallos 318: 2002).

En lo que hace a la prisión perpetua, se encuentra prevista dentro del Código Penal de la Nación (en adelante, CP) en sus artículos 6, 9 y 13. Los aspectos relativos a su implementación, por su parte, quedan regulados por la ya mencionada ley 24.660 (Quiroga Lavié, 2009, p. 441).

La pena perpetua se prevé para los delitos considerados de mayor reproche social (Argenti y Blanco, 2015, p. 242), entre estos: casos de homicidio agravado (artículo 80 CP), delitos contra la integridad sexual seguidos de la muerte de la víctima (artículo 124 CP), secuestro con posterior muerte dolosa de la víctima (artículos 142 bis y 170 CP), delitos contra la seguridad de la nación (artículos 215 y 227 CP); espionaje y sabotaje al servicio de una potencia extranjera (artículo 2 ley 13.985); extracción ilegal de órganos y tejidos humanos vivos (artículo 30 ley 24.193); desaparición forzada de personas, seguida de la muerte de la víctima, o si esta fuere una mujer embarazada, un menor de edad, persona con discapacidad, mayor de 70 años o, cuando la víctima sea una persona nacida durante la desaparición forzada de su madre (artículo 143 ter CP); genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra (artículos 8, 9 y 10 ley 26.200).

Puede advertirse que las conductas típicas a las cuales se aplica la pena perpetua resultan ser sumamente heterogéneas, pero, adicionalmente, también resulta sumamente complejo el tratamiento penitenciario al que pueden, o no, acceder las personas condenadas en virtud del tipo penal en el que su conducta haya sido encuadrada. De este modo, en cuanto a la aplicación del tratamiento penitenciario, la pena perpetua puede catalogarse de la siguiente manera: 1) prisión perpetua con posibilidad de acceder a la libertad condicional (artículo 13 CP); 2) prisión perpetua sin posibilidad de acceder a la libertad condicional pero con posibilidad de acceder a la libertad asistida (artículo 54 ley 24.660, siempre que no se trate de un delito dispuesto en el artículo 56 bis de la misma ley); 3) prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional, beneficios del periodo de prueba, prisión

discontinua, ni libertad asistida, es decir, el régimen penitenciario más duro, exacerbado por la ley 27.375 y reservado para los delitos dispuestos en el artículo 56 bis de la ley 24.660; 4) penas temporales de prisión con límite máximo de 50 años, y 5) reclusión accesoria por tiempo indeterminado (Gobbi, 2014, p. 1 y ss.).

En principio, la pena perpetua es reducible de acuerdo con el artículo 13 del CP, el cual dispone que, tras treinta y cinco años, podrá accederse a la libertad condicional siempre que se hubieren cumplido con regularidad los reglamentos carcelarios y que se pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social. En esta hipótesis y, de acuerdo con el artículo 16 CP, después del plazo de cinco años de la condicional, la pena quedará extinguida.

Además, la ley 24.660, no sin diversas contradicciones, dispone que, durante el cumplimiento de esos 35 años, el condenado podrá acceder a diversos beneficios penitenciarios, tales como salidas transitorias al exterior, cursar estudios o, participar en programas de prelibertad (una vez cumplidos 15 años de condena) para trabajar o acceder al régimen de libertad asistida (artículos 16, 17, 23, 30 y 54, ley 24660, siempre que no se trate de los delitos dispuestos por el artículo 56 bis).

La ley N° 27.375 de reforma a la ley 24.660, en efecto, vino a modificar, entre otros tantos, el artículo 17 antes señalado, modificando los anteriores plazos y requisitos para el acceso al régimen de semilibertad, en modo tal que la actual disposición tiene el efecto que para los delitos con penas superiores a los 5 años de reclusión la libertad condicional pueda darse incluso antes que las salidas transitorias, con el consiguiente efecto de que la “progresividad” del tratamiento sancionatorio deja de ser gradual (Figari y Herrera, 2017, p. 23).

Cabe señalar que el límite temporal de 35 años fue colocado en el año 2004, siempre en un contexto de *permanente emergencia* como resultado de la presión ejercida por la opinión pública tras un conocido caso (Axel Blumberg), y que motivó el aumento de la barrera temporal, originalmente fijada en 20 años, a 35 (Alagia, 2014, p. 103). La normativa emergencial más tarde recobro impulso mediante las reformas de amplio espectro punitivo introducidas con motivo de la ley 27.375 de reforma a la ley 24.660. En efecto, el principal promotor de la reforma —el diputado Alfonso Petri— señaló que esta se sustentaba

(...) porque hay un reclamo constante y reiterado de la ciudadanía en el sentido de cerrar la puerta giratoria [y porque] vemos que muchísimos delincuentes que cumplen sus condenas y a la mitad de ellas obtienen los beneficios de las salidas transitorias o de la utilización del régimen de semilibertad, terminan cometiendo delitos cuando deberían estar cumpliendo sus penas (Alderete, 2017, p. 3).

Como hemos adelantado, la figura de pena perpetua en su modalidad básica viene a ser modelada por diversas disposiciones del código penal y de la ley 24.660, que impiden a diversas categorías de condenados el acceso a los beneficios penitenciarios antes señalados. Así, en primer lugar, el artículo 14 del CP dispone que la libertad condicional (regulada por el artículo 28 de la ley 24660) no se concederá a los reincidentes (artículo 50 CP), ni tampoco a quienes fueran condenados por diversos delitos señalados en ese mismo artículo, muchos de los cuales normalmente son penados con la cadena perpetua (Alagia, 2014, p. 102). A la par, para el acceso a la libertad condicional, el artículo 28 de la ley 24660 prevé, tras la reforma de 2017, diversos requisitos adicionales, así como un estudio detallado y meticuloso del pronóstico de reinserción social, el cual podrá ser favorable o desfavorable; sin embargo, se advierte un rigor que eventualmente podría dificultar el acceso a la libertad condicional (Figari y Herrera, 2017, p. 27).

El régimen de la libertad asistida (regulado por el artículo 54 de la ley 24.660), que permite el egreso anticipado y el reintegro al medio libre, también viene negado por el artículo 56 bis de la misma ley en el supuesto de diversos delitos que también pueden ser sancionados con cadena perpetua y exasperada con motivo de la Ley 27.375 (Gobbi, 2014, p. 1 y ss.); pero no solo se niega la libertad asistida, sino también el acceso a beneficios penitenciarios comprendidos en el periodo de prueba, la prisión discontinua o la semidetención (artículos 30 y 31, ley 24.660). Si a esta previsión se agrega el artículo 14 del CP, que niega la libertad condicional a los reincidentes y a muchos de los casos previstos en el artículo 56 bis, para el caso de un condenado al ergastolo, en la práctica se le niega toda posibilidad de recuperar un día su libertad, pues deberá cumplir la totalidad de la condena que, en este caso, es hasta la muerte.

También debe indicarse que, con motivo de la reforma a la ley 25.928, el artículo 55 CP dispone que cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá, como mínimo, el mínimo mayor y, como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder de 50 años de reclusión o prisión. En esta hipótesis de concurso de delitos, el legislador ha fijado el límite máximo a la pena, que resulta ser de 50 años (Curotto, 2012, pp. 21-22).

Finalmente, el artículo 52 del Código Penal dispone la posibilidad de aplicar la reclusión por tiempo indeterminado, como sanción accesoria a la condena, en casos de reincidencia múltiple. Esta figura en el ordenamiento jurídico argentino es vista no cómo una pena sino como una medida de seguridad, fundada en la peligrosidad del individuo (Gobbi, 2014, p. 1 y ss.).

VIII. La jurisprudencia argentina frente a la prisión perpetua

Los tribunales argentinos han abordado el tema de la prisión perpetua bajo diversas perspectivas, no existiendo actualmente un criterio uniforme respecto de su legitimidad o no, aunque en los últimos años se evidencia una cierta tendencia contraria a su implementación, particularmente en cuanto a la condición agravante resultante de la aplicación de los artículos 56 bis y 80 del CP.

A nivel de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), la cadena perpetua es, en términos generales, reconocida como compatible con la Constitución y la CADH, en tanto se admite la eventual posibilidad de acceso a la libertad condicional y a otros beneficios penitenciarios. En el año 2005, la CSJN a través del caso “Maldonado, Daniel Enrique y otros/Robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado” (Fallo 328: 4343 del 7 de diciembre de 2015), determinó la inconstitucionalidad de la prisión perpetua aplicada a menores de edad, con fundamento en el principio de reinserción social de la pena y el interés superior del menor. No obstante, en el caso de los mayores de edad, la Corte justificó la legitimidad de la prisión perpetua, con base en el principio de estricta legalidad al que deben sujetarse los jueces, por lo que se debían respetar las consecuencias jurídicas previstas por el legislador (Bazán 2010, p. 359; Elhart, pp. 3-4; Lauría Masaro, 2015, p. 54).

En 2006, la CSJN, en la causa “Giménez Ibáñez, Antonio Fidel”, fallos 329: 2440, del 4 de julio de 2006, se pronunció respecto de la necesidad de fijar un límite temporal a la pena, argumentando que la pena privativa de libertad realmente perpetua lesionaba la intangibilidad de la persona humana en razón de que generaba graves trastornos de la personalidad, por lo que resultaba incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el artículo 18 de la Constitución (Quiñones Allende, 2013, p. 3; Racca, 2014, p. 15; Ejecución de penas, 2014, p. 22).

En el caso “Gramajo, Marcelo Eduardo s/robo en grado de tentativa” (fallos 324: 2153, del 5 de septiembre de 2006) la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de la reclusión accesoria por tiempo indeterminado (artículo 52 CP), señalando que esta no era una medida de seguridad sino una pena y que no podía sustentarse bajo la peligrosidad de la persona. También sostuvo que vulneraba el principio de culpabilidad, de proporcionalidad de la pena, de reserva, de legalidad, el derecho penal del acto y la prohibición de imponer penas crueles, inhumanas y degradantes (Curotto, 2012, pp. 7 y ss.; Argenti y Blanco, 2015, p. 247; Bessone y Durán, 2014, pp. 3 y ss.).

En el caso “Estévez, Cristian Andrés o Cristian Daniel s/robo calificado por el uso de armas” (fallos 333: 866, sentencia del 8 de junio de 2010) la CSJN, representada

por Zaffaroni en su voto en disidencia, cuestionó ampliamente la legitimidad de la pena perpetua. Indicó que en el ordenamiento argentino la pena de muerte está prohibida y no puede ser restaurada por vía de un equivalente. En su razonamiento, Zaffaroni también afirmó que en un sistema republicano la pena siempre debe tener un límite temporal, por lo que no es admisible una consecuencia jurídica que inhabilita durante toda su vida a una persona

(...) de aceptarse lo contrario, la ley estaría creando una *capitis deminutio* o la muerte civil, con la consecuencia que de ello daría lugar a una categoría de ciudadanos degradados, marcados a perpetuidad, estigmatizados de por vida, para los cuales la posibilidad de rehabilitarse civilmente sería imposible (...) no es posible entender qué posibilidad de readaptación social puede tener una persona si en la mayoría de los casos al término de la pena ya no será persona por efecto de la muerte o, incluso en los excepcionales casos en que tal evento no se produzca, se reincorporará a la vida libre cuando haya superado la etapa laboral, además de cargar con la incapacidad del deterioro inocular de semejante institucionalización (Considerando 7 y 33 del voto particular de Zaffaroni) (se vea también Rodríguez Yagüe, 2016, p. 97).

En la misma sentencia, el Juez Mario Juliano reforzó las consideraciones de Zaffaroni indicando:

La imposición de una pena de prisión perpetua a los señores Etcheverry, Varela y González importaría, lisa y llanamente, condenarlos a morir en prisión. Si es que alguno de ellos logra superar con vida el tiempo de encierro necesario para tener la posibilidad de solicitar su liberación condicional, por la edad que tendrán en ese momento (91, 75 y 71 años), el encierro les habrá consumido su capacidad productiva y la resocialización proclamada será una evidente quimera (Considerando 24 del voto particular del juez Juliano).

En 2007, la Cámara 11 Criminal de Córdoba, en el caso “Bachetti Sebastián Alejandro y otra p.ss.aa de Homicidio calificado por el vínculo” (sentencia del 2 de noviembre), reconoció la ilegitimidad del régimen previsto para la libertad condicional. La Cámara argumentó que era irrazonable y desproporcionado el tiempo de 35 años para poder acceder a la condicional, violentando el principio constitucional de proporcionalidad de la pena en relación a la culpabilidad del agente (González Stier, 2018, p. 3; Argenti y Blanco, 2015, p. 245).

En el año 2012, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, en el caso “Montiel, Alejandro Héctor” (sentencia del 26 de noviembre) rechazó la imposición de una pena sin un límite temporal y fijo al condenado una pena de 25 años por ser esta la máxima prevista para los casos de crímenes de lesa humanidad,

crímenes de genocidio y crímenes de guerra previstos en la ley 26.200 (Argenti y Blanco, 2015, p. 248).

En el caso “Etcheverry, Daniel; González, C, y Varela, M. s/homicidio calificado por el concurso premeditado de dos o más personas; lesiones graves culposas y robo”, el Tribunal Criminal N° 1 de Necochea, mediante su sentencia de 13 de mayo de 2013, determinó la inconstitucional de la pena de prisión perpetua prevista en el artículo 80 CP. Señaló que esta colisiona con el principio de culpabilidad, con la división de poderes, el principio de resocialización de la pena y con la prohibición de tratamientos crueles, inhumanos o degradantes. Respecto de la culpabilidad, señaló que el límite fijo de la pena impedía valorar las circunstancias particulares de cada caso, que nunca es el mismo, violando así el artículo 19 CN. Respecto a la división de poderes, señaló que el legislador venía a arrogarse una prerrogativa que no le era propia: la individualización de la pena, violando así el artículo 116 CN. Con respecto a la resocialización (artículo 18 CN), esta venía banalizada ante una pena de duración inusitada. Finalmente, con relación a la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, señaló que una pena de por lo menos 35 años, en la que aún cumplidos no garantizan un recobro a la libertad, violenta la dignidad humana tutelada por el artículo 5 de la CADH (Torre, 2016, p. 56).

La Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, en el caso “Soto Trinidad, Rodolfo”, causa 675/2013 del 20 de diciembre de 2013, se refirió al artículo 56 bis de la ley 24.660 en cuanto a la prohibición de acceso a las salidas transitorias y al régimen de semilibertad para quienes habían sido condenados con pena perpetua. La Sala señaló que el artículo 56 bis vulneraba los principios constitucionales de igualdad ante la ley, razonabilidad republicana, la finalidad reeducativa de la pena y el sistema progresivo de readaptación social. Concretamente, precisó que el artículo 56 bis se fundaba en una lógica de tipo de autor en la que solo con base en el delito cometido se negaba el acceso a la persona condenada a beneficios previstos por la propia normativa penal y ello contrariaba la finalidad reeducativa de la pena (Argenti y Blanco, 2015, p. 250; Ejecución de penas, 2014, p. 43).

En el año 2013 un nuevo precedente fue sentado, pero esta vez en el ámbito internacional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, en el caso “Mendoza y otros vs. Argentina” (sentencia Serie C 260, de 14 de mayo de 2013), determinó que la pena de prisión perpetua a menores de edad resultaba contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos (Elhart, 2014, pp. 1-3; Argenti y Blanco, 2015, p. 248).

Más recientemente, la Corte de Justicia de Salta, en el caso Cañarima (causa N° 39417, sentencia de 13 de mayo de 2019), se pronunció por la inconstitucionalidad del artículo 14, segunda parte, del Código Penal y del artículo 56 bis de la ley 24.660 en virtud de que vulneraban el principio de reinserción social. La

Corte indicó que los diversos beneficios penitenciarios son institutos dirigidos al logro de la reinserción social pero las limitaciones previstas para su acceso son un obstáculo insalvable que condiciona de antemano la evolución de la persona detenida, haciendo irrelevante cualquier esfuerzo personal del individuo, y ello es:

(...) incompatible con el diseño constitucional expuesto (...) de donde surge que dicha modalidad debe regirse por un principio progresivo para todos los condenados. En verdad, el legislador ha pretendido trazar una línea divisoria entre los condenados por los delitos enumerados en la referida disposición legal, del resto de los penados. Dicha escisión configura un evidente menoscabo al derecho de todo condenado a ser tratado en igualdad de condiciones que los demás (p. 8, exp- te. CJS, 39.417/18, Cañarima).

IX. Reflexiones sobre la cadena perpetua en el caso argentino

Como puede verse, el sistema penal argentino dispone de diversas asimetrías. Por un lado, se reconoce el acceso a diversos beneficios penitenciarios que, posteriormente, vienen negados en la mayoría de las hipótesis que son sancionadas con la cadena perpetua. Por otro lado, se reconoce la posibilidad de acceder a la libertad condicional como un mecanismo para favorecer la reinserción social pero que viene negada absolutamente en caso de que la persona sea reincidente. Aún en el caso de que la persona no fuera reincidente, si su conducta se ubica en alguno de los supuestos del artículo 14 CP (que, nuevamente, reproducen la mayoría de hipótesis sancionadas con la cadena perpetua junto con una pluralidad de delitos incluidos con motivo de la ley 27.375) tampoco tendrá posibilidad de acceder a la condicional. Igualmente, tratándose de la libertad asistida, tampoco se podrá acceder a ella, de acuerdo con el artículo 56 bis de la ley 24.660, por la comisión de muchos de los delitos que son sancionados con cadena perpetua. En estos casos, la única posibilidad de salir de prisión para el condenado es por vía del indulto o la amnistía.

En el supuesto del artículo 14 CP, así como en el 56 bis de la ley 24.660, nos encontramos de frente a un automatismo legislativo cuya consecuencia es una pena fija y no graduable por vía judicial. Además, los delitos a los que resultan aplicables, si bien es cierto que deben ser seriamente reprobables, se caracterizan por su amplia heterogeneidad (una situación que, como hemos dicho, ha sido profundizada con la ley 27.375 que, entre muchas otras modificaciones, incluye nuevos delitos al catálogo del artículo 56 bis de la ley 24.660). Esta característica, así como otras tantas, plantean diversos conflictos de cara a los derechos fundamentales y principios liberales del derecho penal (Argenti y Blanco, 2015, p. 243).

La Constitución Argentina, así como la CADH, disponen la finalidad de reinserción social de la pena. Igualmente lo hace la ley 24.660 que, incluso, dispone en su artículo 12 un régimen destinado a tal efecto (Alajia, 2014, p. 99). Este proceso de reinserción social ha sido pensado para lograr rehabilitar al detenido y lograr que un día pueda reincorporarse a la sociedad; sin embargo, el objetivo se ve coartado por disposiciones que la misma ley prevé.

Se piensa, primeramente, en el caso de la cadena perpetua “básica”, en la que solo después de purgados 35 años de prisión puede solicitarse la libertad condicional. El término de 35 años plantea en sí mismo serias dudas respecto de su proporcionalidad. Ese término es la mitad de la vida de un hombre promedio y, no obstante, viene a ser el requisito mínimo a cumplirse para eventualmente acceder a la libertad condicional. En las demás hipótesis de prisión perpetua ni siquiera puede accederse a ese requisito mínimo porque las posibilidades de libertad están restringidas. En el caso del concurso de delitos, el límite máximo es la excepción a la excepción, pues prevé la pena de hasta 50 años que es, en términos lisos y llanos, la vida de la persona. Por si fuera poco, el régimen de reclusión por tiempo indeterminado ni si quiera es visto como una pena, sino como una medida “accesoria” que acompaña —indefinidamente— a la persona sin importar el delito que ha cometido, sino solo su peligrosidad.

En esta lógica, parece ser que quien ha cometido un gravísimo crimen contra la sociedad debe pagar con la propia vida en prisión, haciendo latente la finalidad retributiva de la pena y sacrificando toda posibilidad de readaptación social. Estas normas resultan irracionales, arbitrarias, eternas, equivalentes a la muerte civil del individuo, ajenas a la posibilidad de cambio de la persona, y contrarias a toda posibilidad de reinserción social.

De ahí que la prisión perpetua en la legislación argentina se confronte con diversos principios constitucionales y liberales del derecho penal, tales como el principio de proporcionalidad (artículo 19 CN), el principio de igualdad (artículo 16 CN), la intangibilidad de la persona y la prohibición de penas contrarias a la dignidad humana (artículo 18 CN), así como la reinserción social del delincuente (artículo 21 CN) como objetivo de aquella (Zaffaroni, 2009, pp. 43, 44 y 197).

La razonabilidad implica que una pena deba guardar proporción respecto del hecho delictivo al que se pretende aplicar (Bidart, 1974, p. 118; Sabsay, 2011, p. 273; Lascano, 2005, p. 116). En el caso de la pena perpetua, no resulta razonable, en términos de un Estado constitucional y democrático de derecho, un límite de 35 años para poder acceder a una eventual libertad condicional, mucho menos 50 años de pena para el caso de concurso de delitos o una duración indefinida si nos abocamos a la sanción accesoria por tiempo indeterminado (Pazos Crocito, 2009, p. 376 y ss.).

La heterogeneidad de las conductas tipificadas, así como las diversas condicionantes para el acceso a los beneficios penitenciarios, crean adicionalmente regímenes especiales que, en la práctica, se traducen en condenados a pena perpetua que, en algunos casos, pueden acceder a todos los beneficios; en otros, se niega el acceso a la libertad condicional pero no de otros beneficios (como la libertad asistida) y en el peor de los casos se niegan todos los beneficios. De este modo, las consecuencias jurídicas resultan diversas, dependiendo únicamente del título del delito aplicable, lo que vulnera tajantemente el principio de igualdad ante la ley (Gobbi, 2014, pp. 1-2).

La intangibilidad de la persona viene claramente lesionada al someterla a un régimen en el que no tiene ninguna certeza —salvo la muerte— de cuándo terminará su condena. La pena debe de ser cierta en el sentido de que debe fijarse con certeza el arco temporal durante el cual vendrá aplicada. El condenado debe de saber, desde el momento de la condena, el tiempo que deberá transcurrir, así como los requisitos que deberá de observar para poder acceder un día a la libertad. La normativa penal argentina permite la existencia de una pena indeterminada, cuya duración exacta no se conoce (salvo que es perpetua) y que, en ciertos casos, vuelve irrelevante cualquier comportamiento del condenado que le permita reducir la pena. En este escenario la pena es un fin en sí mismo, se convierte en una mera instancia retributiva dirigida solo a causar aflicción (Binder, 2004, pp. 301-302). La persona deja de ser considerada un ser con dignidad y pasa a ser vista como un enemigo público y social al que se debe completamente destruir (Caterini, 2016, p. 147 y ss.; Mongillo, 2009, p. 176). Precisamente es esta la *ratio* que caracteriza el instituto de la cadena perpetua en el ordenamiento argentino. El senador Pichetto, durante los debates parlamentarios por los que se aumentó el término para solicitar la condicional en casos de cadena perpetua, señaló:

(...) consideramos que sobre estos sujetos que cometen delitos aberrantes tiene que recaer la reclusión perpetua y el techo de los treinta y cinco años. Aquí no dudamos. No tenemos ningún conflicto moral ni ético, ni nos preocupa demasiado el tema de la resocialización, porque estos sujetos no se resocializan (...). La verdad es que en esta temática no me preocupa la resocialización de este tipo de sujetos, porque creo que no tienen cura (Alajia, 2014, p. 103).

X. Breves reflexiones finales

Tanto la legislación argentina como la italiana prevén la figura de la cadena perpetua y, en ambos casos, disponen mecanismos que permiten eventualmente recuperar la libertad. Respecto de esta “reducibilidad” hemos hecho ya los comentarios pertinentes; en esta sede únicamente abordaremos reflexiones en torno al instituto de la cadena perpetua en sí.

Sí la Constitución, tanto argentina como italiana, determina que la función de la pena debe tender a la reeducación del individuo; sí, además, dispone que las penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad; sí se dispone la prohibición de la pena de muerte, y sí se defienden la existencia de derechos inviolables del ser humano fundados en su dignidad intrínseca, la pena de cárcel a perpetuidad resulta enteramente incompatible (Zaffaroni, 2013, p. 23 y ss.; Faraguna y Gialuz, 2012, pp. 993 y ss.; Ferrajoli, 1992, p. 295).

El *ergastolo* no es, en esencia, muy diverso de la pena de muerte; es la expresión de un carácter eminentemente retributivo en el que por haber cometido un gravísimo delito se paga con la vida en prisión, su idea de fondo es el sacrificio, la eliminación civil de la persona mediante su definitiva expulsión del contexto social (Dolcini, 2018, p. 25; Risicato, 2015, p. 1249; Pulitanò, 1981, pp. 160 y ss.; Padovani, 2018, p. 28).

El derecho penal liberal tiene como presupuesto la defensa social sin menoscabar la dignidad inherente de la persona. Por ello, justificamos la pena como un instrumento dirigido a la reeducación, reconociendo que, por esa dignidad, toda persona tiene la posibilidad (la esperanza) de que, a pesar de los crímenes más atroces que haya cometido, pueda ser reintegrada y continuar un proyecto de vida digno para sí y para la comunidad (Ruotolo, 2014, p. 459).

El *ergastolo* es la pena “hasta la muerte”; esta pena supone la negación de toda idea de posibilidad de recuperación social (Brucale, 2019 p. 1314). Es la rendición del Estado de cara a tal propósito, es admitir la negación de la igual condición humana aceptando que, en algunos casos, el ser humano puede cambiar y, en otros, que solamente cabe la condena a muerte porque no existe esperanza alguna de resocialización (Chinnici, 2015, p. 4).

La subsistencia de la cadena perpetua desmitifica los postulados sobre los cuales han sido contruidos los Estados liberales modernos (los derechos fundamentales del individuo y su dignidad). La cadena perpetua es el aún reclamo de la retribución, de la venganza social, de la anulación del individuo visto como enemigo del cual debemos protegernos y anularlo (Mosconi, 2008, p. 20; Risicato, 2015, p. 1248 y ss.; Pavarini, 2006, p. 7 y ss.).

Si bien es cierto que la actual figura de la cadena perpetua admite la posibilidad de que el condenado pueda un día recobrar su libertad, esta situación, sin embargo, no permite superar una tensión de fondo existente entre una figura ideada *in primis* para separar a perpetuidad el individuo de la sociedad y la función reeducativa de la pena (Palazzo, 2016, p. 554; Catedráticos de Derecho Penal, p. 19).

Solo mediante una operación compleja y contradictoria se ha intentado justificar la compatibilidad de la pena perpetua. Esta operación ha consistido precisamente en negar su perpetuidad bajo determinadas condiciones; en este procedimiento cabe preguntarnos ¿qué sentido tiene mantener esta figura en el sistema penal si el único argumento con el que puede justificársele es con su negación?

La solución tampoco pasa, como podría fácilmente pensarse, sustituyendo el *ergastolo* con penas de hasta 50 años como ocurre en la legislación argentina y que, en la práctica, resultan formas disimuladas de cadena perpetua. Figuras como esta, aun gozando de un amplio consenso popular, no pueden mantenerse, porque, de una parte, se constituyen únicamente como disposiciones simbólicas cuyos efectos en la inhibición del crimen solo es aparente (Risicato, 2015, p. 1249) y, de otra parte, porque su colisión con los derechos fundamentales resulta evidente y, como hemos recordado, estos derechos se constituyen en esferas inviolables del individuo, más allá de toda consideración utilitaria o mayoritaria (Pulitano, 2018, p. 16.).

La pena no puede ser pensada aún como retribución del mal causado, como un fin en sí mismo, ni mucho menos que venga acompañada de condiciones vejatorias o degradantes. La Constitución italiana y la argentina imponen una finalidad a la pena que se contraría absolutamente en el caso del *ergastolo*.

XI. Bibliografía

Alagia, A. (2014). *Determinación judicial de la pena y ejecución de la pena, compendio de doctrinas*. Buenos Aires: Infojus.

Alderete Lobo, R. (2017). Reforma de la ley 24.660. El fin del derecho de ejecución penal en Argentina. En A. Ledesma y M. Lopardo, *El debido proceso penal*, tomo 5. Buenos Aires: Hammurabi.

Argenti, N. y Blanco, N. (2015). La sentencia y la selección punitiva: penas de reclusión, prisión y perpetuas. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata* (pp. 1-17). Buenos Aires: La Ley.

Avitabile, L. (2014). Riflessioni per una “filosofia della pena”. *Rivista italiana per le scienze giuridiche*. Nº 5 (pp. 235-243). Italia: Jovene Editore.

Bazán, V. (2010). El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia de Argentina. *Estudios constitucionales*, vol. 8, Nº 2 (pp. 359-388). Talca: Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca.

Beccaria, C. (2015) (1764). *Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.

Bessone, N. y Durán, G. (2014). La reincidencia simple a la luz del fallo Gramajo. *Crítica Penal*, N° 3. Mar del Plata: EUDEM.

Bidart Campos, G. (1974). *Manual de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: Ediar.

Bontempelli, M. (2017). Diritto alla rieducazione e liberta di non collaborazione. *Rivista italiana di diritto e procedura penale* (pp. 1527-1530). Italia: Giuffre Editore.

Brucale, M. (2019). L'ergastolo in Europa e il "right to hope". La sentenza "Petrukov v. Ukrain" nel panorama giurisprudenziale della Corte EDU. *Rivista italiana di diritto e procedura penale* (pp. 1303-1314). Italia: Giuffre Editore.

Catedráticos de derecho penal, (2018). Manifiesto contra la prisión permanente revisable. *Foro FICP*, N° 1 (pp. 18-20). Madrid: FICP.

Caterini, M. (2004). *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*. Napoli: Edizione scientifiche italiane.

Caterini, M. (2016). La criminalización de lo diferente. *Revista de derecho penal y criminología*, año VI, N° 8 (pp. 147-159). España: UNED.

Caterini, M. (2017). *Effettività e tecniche di tutela nel diritto penale dell'ambiente. Contributo ad una lettura costituzionale orientata*. Napoli: Edizione scientifiche italiane.

Cavaliere, A. (1998). Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata. En G. Insolera (ed.), *Costituzione, diritto e processo penale*. Milano: Giuffré Editore.

Chinnici, D. (2015). I "buchi neri" nella galassia della pena in carcere: ergastolo ostativo e condizioni detentive disumane. *Archivio penale*, N° 1 (pp. 1-21). Italia: Pisa university press.

Contreras Cuenca, M. M. (2012). Análisis del fallo de la Corte tucumana que declara la inconstitucionalidad de la reincidencia. *Pensamiento penal*, 12 de marzo. Argentina: Asociación civil pensamiento penal.

Curotto, P. (2012). Las penas de prisión perpetuas y consecuencias jurídicas equiparables vs. normas constitucionales. *Pensamiento penal*, 1 de junio. Argentina: Asociación civil pensamiento penal.

Di Nuovo, S. (2012). Ri-educacione e prevenzione: miti in cerca di senso. *Minorigiustizia*, N° 3 (pp. 299-302). Italia: Francoangeli.

Dolcini, E. (2017). L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato. *Rivista italiana di diritto e procedura penale* (pp. 1500-1504). Italia: Giuffrè Editore.

Dworkin, R. (2007). Cosa sono i diritti umani. *Ragion pratica*, N° II (pp. 469-480). Italia: Il Mulino.

Ejecución de penas privativas de libertad (2014) Boletín electrónico de jurisprudencia, Ministerio Público de la Defensa.

Elhart, R. (2014). Sobre la imposibilidad de imponer pena de prisión perpetua a los menores punibles y el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Mendoza y otros vs. Argentina de fecha 14 de mayo de 2013. *Revista pensamiento penal*, 3 de marzo (pp. 1-5). Argentina: Asociación civil pensamiento penal.

Fraguna, P. y Gialuz, M. (2012). Il carcere e la promessa tradita della Costituyente. *Il Mulino*, Fascicolo 6, novembre-dicembre (pp. 993-1002). Italia: Il Mulino.

Ferrajoli, L. (1985). Il diritto penale minimo. *Dei delitti e delle pene*, N° 3, pp. 493-524. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.

Ferrajoli, L. (1989). *Diritto e ragione*. Roma-Bari: Editore Laterza.

Ferrajoli, L. (1992). Ergastolo e diritti fondamentali. *Dei delitti e delle pene*, N° 2 (pp. 295-304). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.

Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Vol. I*. Trad., de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta.

Fiandaca, G. (1991). Commento all'art. 27 comma 3. En G. Branca, *Commentario alla Costituzione* (a cura di Branca e Pizzorusso) (p. 342 y ss.). Bologna: N. Zanichelli.

Figari, E. y Herrera H. (2017). Análisis crítico sobre las reformas a la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad introducidas por la Ley N° 27.375 (B.O. 28/07/2017). *Pensamiento penal*, 24 de noviembre. Argentina: Asociación civil pensamiento penal.

Fiorella, A. (2018). Rieducatività della pena, orientamento del destinatario del precetto e componenti sostanziali del reato. *Archivio penale*, sup. N° 1 (pp. 97-110). Italia: Pisa university press.

Fiorentin, F. (2019). Sicurezza e diritti fondamentali nella realtà del carcere: una coesistenza (im)possibile? *Diritto penale e processo*, N° 11 (pp. 1596-1607). Milano: Ipsoa.

Flick, G. M. (2009). Dei diritti e delle paure. En S. Moccia (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza* (pp. 65-84). Napoli: Edizione scientifiche italiane.

Franco Serrano, M. T. (2019). Breves aspectos sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable. *Foro FICP*, N° 3 (pp. 398-615). Madrid: FICP.

Galliani, D. y Pugiotto, A. (2017). Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari. *Revista AIC*, N° 4 (pp. 1-56). Italia: AIC.

Garzón Valdés, E. (1993). Representación y democracia. En E. Garzón Valdés, *Derecho, ética y política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Gobbi, O. (2014). La pena perpetua en Argentina. Análisis normativo. *Diario DPI* (pp. 1-2). Argentina.

González Stier, D. (2018). El control constitucional de la prisión perpetua. *Diario DPI*, N° 203 (pp. 1-4). Argentina.

Höffe, O. (2001). *La democrazia nell'era della globalizzazione*. Torino: Il Mulino.

Landa Gorostiza, J. (2007). Fines de la pena en fase de ejecución penitenciaria: reflexiones a la luz de la prisión permanente revisable. *Revista de derecho penal y criminología*, N° 18 (pp. 91-140). España: UNED.

Lascano, C. (2005). *Derecho penal, Parte general*. Córdoba: Advocatus.

Lauria Masaro, M. (2015). La implementación de las decisiones adoptadas en el sistema interamericano de derechos humanos: el caso Arce. *Revista MPD*, N° 53. Argentina: Ministerio Público de la Defensa.

Maldonado Smith, M. E. (2015). *Torres de babel. Estado, multiculturalismo y derechos humanos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Manacorda, S. (2015). Cesare Beccaria e la pena dell'ergastolo. *Jus*, N° 2 (pp. 165-182). Italia: Università cattolica del Sacro Cuore.

Marinucci, G. (1974). Política criminal e riforma del diritto penale. *Ius* (pp. 463-498). Italia: Vita e Pensiero.

- Mir Puig, S. (1999). *Derecho penal, Parte general*. Barcelona: Tirant lo Blanch.
- Moccia, S. (1992). *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*. Napoli: Edizione scientifiche italiane.
- Moccia, S. (1995). Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali. *Rivista italiana di diritto e procedura penale* (pp. 343-374). Italia: Giuffrè Editore.
- Moccia, S. (1997). *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*. Napoli: Edizione scientifiche italiane.
- Moccia, S. (2009). *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*. Napoli: Edizione scientifiche italiane.
- Mongillo, V. (2009). La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future. *Critica del diritto* (pp. 173-228). Napoli: Edizione scientifiche italiane.
- Mori, M. S. y Alberta, V. (2019). Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola C. Italia (n. 2) in materia di ergastolo ostativo. *Giurisprudenza penale*, N° 6 (pp. 1-9).
- Mosconi, G. (2008). Il massimo della pena. *Studi sulla questione criminale*, III, N° 1 (pp. 17-32). Italia: Carocci Editore.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2002). *Derecho penal. Parte general*. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Musumeci, C. (2012). Ergastolo, giorno e notte. *Giustizia insieme*, fasc. 1 (pp. 25-46). Roma: Aracne editrice.
- Naucke, W. (2002). *Strafrecht. Eine Einführung*, 10ª ed. Neuwied-Kriftel: Luchterhand.
- Nicotra, I. (2014). Il senso della pena. A un anno della sentenza Torreggiani. *Rivista AIC*, N° 2. Italia: AIC.
- Nino, C. S. (1989). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Astrea.
- Nuvolone, P. (1982). Voce Pena (in generale). *Enciclopedia del diritto*, tomo XXXII. Milano: Giuffrè.

Padovani, T. (2018). Ergastolo in luogo della pena di morte: una eredità giacente. En C. Paliero; F. Viganó; F. Basile y G. Gatta, *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini* (pp. 27-34). Milano: Giuffré.

Palazzo, F. (2016). *Corso di diritto penale, parte generale*. 6ª ed. Torino.

Palombino, G. (2017). Ergastolo ostativo e funzione “variabile” della pena: una prospettiva costituzionale ed europea. *Diritto Pubblico Europeo Rassegna Online*.

Pavarini, M. (2006). La neutralizzazione degli uomini inaffidabili. La nuova disciplina sulla recidiva e altro ancora sulla guerra alle Unpersonen. *Studi sulla questione criminale*, I, n. 2 (pp. 7-30). Italia: Carocci Editore.

Pazos Crocitto, J. I. (2009). *Derecho Penal. Aparte general en cuadros sinópticos*. 2ª ed. Argentina: Induvio Editora.

Petrino, R. (2003). Artículo 11. Protección de la honra y de la dignidad. En E. Alonso Regueira, *La Convención Americana de derechos humanos y su proyección en el derecho argentino* (pp. 203-217). Buenos Aires: La Ley.

Pulitano, D. (1981). Ergastolo e pena di morte. Le “massime pene” tra referendum e riforma. *Democrazia e diritto* (pp. 155-171). Milano: Franco Angeli.

Pulitano, D. (2018). Minacciare e punire. En C. Paliero; F. Viganó; F. Basile y G. Gatta, *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini* (pp. 1-26). Milano: Giuffré.

Pugliotto, A. y Musumeci, C. (2015). *Gli ergastolani senza scampo - Fenomenologia e criticità costituzionale dell'ergastolo ostativo*. Napoli: Editoriale scientifica.

Pugliotto, A. (2017). Tre telegrammi in tema di ergastolo ostativo. *Riv. It. Dir. proc. pen.* (pp. 1518-1521). Milano: ed. Giuffré.

Quiñones Allende, G. (2013). El mandato de certeza y la ejecución de la pena. *Infojus*, DACC130316 (pp. 1-11).

Quiroga Lavié, H. (2009). *Derecho Constitucional Argentino*. T. 1. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Racca, I. (2014). Los delitos no resocializables. *Pensamiento penal*, N° 3, pp. 1-24. Argentina: Asociación civil pensamiento penal.

Ragimov, I. (2015). *Filosofia dei delitti e delle pene*. Torino: Giappichelli

Ragimov, I. (2016). *La moralità della pena*. Torino: Giappichelli.

Risicato, L. (2015). La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità. *Rivista Italiana di diritto e procedura penale* (pp. 1238-1258). Italia: Giuffrè Editore.

Rodríguez Yague, C. (coord.) (2016). *Contra la cadena perpetua*. Cuenca.

Ruotolo, M. (2014). Riflettendo sul senso della pena e sui diritti dei detenuti. *Ragione pratica*, fasc. 2 (pp. 455-469). Bologna: Il Mulino.

Sabsay, D. (2011). *Manual de derecho constitucional*. Buenos Aires: La Ley.

Santini, S. (2019). Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta via di scampo: dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana. *Diritto Penale Contemporaneo*, 1 julio. Milano: Associazione Diritto penale contemporaneo.

Scordamaglia, V. (2016). La tensione rieducativa della pena. *La giustizia penale*, fasc. IV (pp. 110-128). Roma: Soc. edit. La Giustizia Penale.

Serrano Pérez, I. (2018). La prisión permanente revisable: su regulación en nuestro ordenamiento jurídico y en el Derecho comparado europeo. *Foro FICP*, N° 3. Madrid: FICP.

Sgubbi, F. (1998). *El delito como riesgo social*. Santiago de Chile: Olejnik.

Spangher, G. (2019). Sicurezza, dignità e identità personale. *Diritto Penale e processo*, N° 11 (pp. 1567-1571). Milano: Ipsoa.

Torre, L. A. (2016). *La viabilidad constitucional de las penas de prisión perpetua y temporales como reproche*. Argentina: Universidad siglo XXI.

Trapani, M. (2018). La rieducazione del condannato: tra “ideologia correzionistica” del trattamento e garanzie costituzionali di legalità e sicurezza. *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, N° 3 (pp. 1693-1719). Italia: Giuffrè Editore.

Travaglia Cicirello, T. (2019). La funzione rieducativa della pena, le rigidità del ergastolo e l'opera correttiva della giurisprudenza costituzionale. *Diritto Penale e processo*, N° 3 (pp. 363-372). Milano: Ipsoa.

Urbinati, F. (2018). L'imperativo costituzionale della rieducazione: un necessario intervento della Corte Costituzionale sulla irragionevolezza degli sbarramenti ex art. 58-quater, comma 4, ord. Penit. *Processo penale e giustizia*, N° 6 (pp. 1100-1104).

Vianello, F. y Padovan, D. (1999). *Criminalità e paura: la costruzione sociale dell'insicurezza. Dei Delitti e delle Pene*, N° 12 (pp. 247-286). Milano: Centro Sociale Ambrosiano-Milano.

Von Jhering, R. (1972) *Lo scopo nel diritto*, 1877. Torino: Ed. It.

Zaffaroni, E. R. (1995). Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales. *El Derecho Penal Hoy* (pp. 115-129). Buenos Aires: Editores Del Puerto.

Zaffaroni, E. R. (2008). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, E. R. (2009). *Estructura básica del derecho penal*. Buenos aires: Ediar.

Zaffaroni, E. R. (2013). El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente. *La justicia uruguaya*, N° 147 (pp. 23-36). Uruguay: La justicia uruguaya.

Jurisprudencia

Argentina

CSJN, “Estévez, Cristian Andrés o Cristian Daniel s/robo calificado por el uso de armas”. Fallos 333: 866, sentencia del 8 de junio de 2010.

CSJN, “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/Robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”. Fallos 328: 4343, sentencia del 7 de diciembre de 2005.

CSJN, “Giménez Ibáñez, Antonio Fidel”. Fallos 329: 2440, sentencia del 4 de julio de 2006.

CSJN, “Gramajo, Marcelo Eduardo s/robo en grado de tentativa”. Fallos 324: 2153, sentencia del 5 de septiembre de 2006.

Cámara 11 Criminal de Córdoba, “Bachetti Sebastián Alejandro y otra p.ss.aa de Homicidio calificado por el vínculo”, sentencia del 2 de noviembre 2007.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, caso “Montiel, Alejandro Héctor”, sentencia del 26 de noviembre 2012.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, caso “Soto Trinidad, Rodolfo”, sentencia del 20 de diciembre de 2013.

Tribunal Criminal N. 1 de Necochea, “Etcheverry, Daniel; González, C, y Varela, M. s/homicidio calificado por el concurso premeditado de dos o más personas; lesiones graves culposas y robo”, sentencia del 13 de mayo de 2013.

Corte de Justicia de Salta, caso Cañarima, sentencia del 13 de mayo de 2019.

Italia

Corte Const., sentencia n. 313 de 2 de julio de 1990.

Corte Const., sentencia n. 264 de 21 de noviembre de 1974.

Corte Const., sentencia n. 168 de 28 abril de 1994.

Corte Const., sentencia n. 135 de 9 de abril de 2003.

Corte Const., sentencia n. 273 de 20 de julio de 2001.

Corte Const., sentencia n. 149 de 11 de julio de 2018.

Corte Const., sentencia n. 253 de 23 de octubre de 2019.

Internacional

TEDU, sentencia Campbell e Fell vs. Reino Unido, 28 de junio de 1984.

TEDU, sentencia Kafkaris vs, Cipre, 12 febrero de 2008.

TEDU, sentencia Vinter *vs.* Reino Unido, 9 de julio de 2013.

TEDU, sentencia Viola vs. Italia, 13 de junio de 2019.

CoIDH, sentencia Mendoza y otros vs. Argentina, 14 de mayo de 2013.

Fecha de recepción: 07-02-2020

Fecha de aceptación: 24-06-2020

Una necesaria aproximación a la responsabilidad penal por mala praxis médica

POR **LIUVER CAMILO MOMBLANC**(*)

Sumario: I. Introducción.- II. La mala praxis médica: fundamento de la responsabilidad jurídico-penal.- III. Mala praxis médica: modalidades y sistemas de incriminación.- IV. La clasificación de la imprudencia en el análisis de la mala praxis médica.- V. Reflexiones finales.- VI. Bibliografía.

Resumen: las presentes reflexiones versan, desde un punto de vista peculiar sobre uno de los temas más polémicos y antiguos a lo largo de la historia de las ciencias jurídicas en su relación con el ejercicio de la medicina: la responsabilidad médica. Este tópico ha experimentado una especial preocupación en la sociedad contemporánea por la progresiva judicialización de la medicina. Mayor inquietud genera aquella que alcanza los predios del derecho penal en torno a la cual existe un creciente debate académico, siendo inevitable que surjan opiniones diversas en torno a la imprudencia médica. En el artículo se sistematizan, a partir de un estudio doctrinal, exegético y comparado, algunos de sus principales fundamentos teóricos. Nos referimos a los presupuestos de la responsabilidad jurídica, el concepto de

(*) Lic. en Derecho, Universidad de Oriente (UO). Lic. en Contabilidad y Finanzas, Universidad de Guantánamo (UG), Cuba. Esp. en Derecho Penal, UO. Esp. en Administración Pública, Escuela Superior de Cuadros del Estado y del Gobierno (ESCEG). Doctorando del Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas, UO, acreditado con la condición de Excelencia por la Junta de Acreditación Nacional de Cuba (JAN) y Mención de Honor de la Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado (AUIP). Prof. Auxiliar de Derecho penal, Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, Cuba. Prof. de Posgrado de la Especialidad en Derecho Penal, Universidad de Oriente, Cuba. Metodólogo de la Dirección de Organización Planificación y Archivo, Universidad de Oriente. Vicepresidente del Capítulo Provincial de Derecho penal de la Unión de Juristas en Santiago de Cuba. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1311-095X>

mala praxis médica, las diferentes posturas relativas a su incriminación, así como a la relevancia de la clasificación de la imprudencia en el análisis de la mala praxis médica.

Palabras claves: imprudencia médica - responsabilidad penal médica - *lex artis* - imprudencia profesional

A necessary approach to criminal liability for medical malpractice

Abstract: *the present reflections deal, from a peculiar point, with one of the most controversial and ancient themes throughout the history of legal sciences in their relation to the practice of medicine: medical liability. This topic has experienced special concern in contemporary society due to the progressive judicialization of medicine. The greatest concern is generated by medical liability in the field of criminal law. There is a growing academic debate on this subject and it is inevitable that various opinions will emerge on medical negligence. The article systematizes, from a doctrinal, exegetical and comparative study, some of its main theoretical foundations. We refer to the assumptions of legal responsibility, the concept of medical malpractice, the different positions regarding its incrimination, as well as the relevance of the classification of imprudence in the analysis of medical malpractice.*

Keywords: *medical negligence - medical criminal liability - lex artis - professional negligence*

I. Introducción

La sociedad del presente está inexorablemente marcada por el riesgo constante en todas las esferas de la vida social, lo que es consecuencia directa de las formas de producción, difusión, transmisión y aplicación del conocimiento científico-tecnológico. Este se torna incontrolable en muchas esferas porque los efectos que produce no son lineales y están condicionados por una dinámica que se mueve bajo los pares desarrollo-vulnerabilidad, progreso-inseguridad. En este escenario se permiten, consienten y auspician ciertas conductas que generan riesgo —*v.gr.* el tráfico automovilístico, el empleo de la energía nuclear con fines pacíficos—, en la medida en que los beneficios que generan son superiores a los perjuicios. Esta permisividad del riesgo, entendido como la contingencia o proximidad de un daño, descansa en una valoración social de las conductas humanas que conduce a aceptar como normales y prudentes, acciones que en abstracto entrañan un peligro. Si no fuese así, si en todos los casos se exigiese obrar estrictamente sobre seguro, inevitablemente se obstaculizaría el avance científico.

De las repercusiones que esta necesaria e inevitable tecnificación de nuestro vivir ha tenido, con interés al derecho penal, destaca el incremento de la comisión

de delitos imprudentes en ámbitos capaces de ocasionar grandes daños. Sin embargo, el trazo de los perfiles de la imprudencia como categoría dogmática hasta hace muy poco ocupaba un lugar secundario en la ciencia criminal, esencialmente desarrollada sobre la base de las conductas dolosas (Muñoz Conde y García Arán, 2010, p. 281; Palencia Núñez, 2017, p. 1; Roxin, 1997, p. 996). Esto exigió de esfuerzos doctrinales en la precisión del concepto y su ordenación sistemática en aras de resolver los problemas sociojurídicos que planteaba. No es por ello de extrañar que, en 1975, Schünemann manifestara que los delitos imprudentes habían pasado de hijastros a hijos predilectos de la dogmática jurídico penal (1975, p. 435).

Hoy se revela una nueva imagen de la imprudencia, afianzada en sus rasgos fundamentales, aunque los esfuerzos científicos que la desarrollan —doctrinales, normativos, jurisprudenciales— no han producido aún tanto consenso y claridad como en la dogmática del delito doloso (Roxin, 1997, p. 997). Su desarrollo teórico-práctico responde a la necesidad que tiene la sociedad de establecer límites a la posibilidad de generar peligro para que la convivencia sea armónica. Con tales propósitos se auxilia del legislador que, como artesano de la ley, deja deslindado en disposiciones normativas el campo de riesgo que la sociedad acepta de aquel que corresponde al peligro que jurídicamente desaprueba (Terragni, 2001).

La actividad médica se puede invocar como uno de los sectores en los que el desarrollo científico técnico ha incidido especialmente en las últimas décadas. La necesidad de otorgar en este contexto una protección jurídica calificada a los bienes jurídicos en juego —en particular la vida y la salud psicofísica del paciente— requiere la imposición de reglas de cuidado para asegurar su correcto ejercicio. Es por ello que en su actuación profesional intervienen un grupo de reglas que intentan controlar y/o disminuir el riesgo inherente a la labor que realizan los galenos y que deben observar de cara a las exigencias concretas y específicas del caso clínico. De no ser así, podrían incurrir en una mala praxis con resultados de muerte o lesiones al paciente que de configurar los presupuestos de rigor conduciría a la exigibilidad de responsabilidad penal por imprudencia.

Las reflexiones que siguen pretenden sistematizar las diferentes posturas que en la actualidad se aprecian en torno al tratamiento teórico-normativo de la mala praxis médica, que configura como una actuación imprudente penalmente relevante. En este sentido, nos referimos a los presupuestos de la responsabilidad jurídica, el concepto de mala praxis médica, las diferentes posturas en torno a su incriminación, así como a la relevancia de la clasificación de la imprudencia en el análisis de la mala praxis médica. Para ello se desarrolla un estudio de carácter documental, utilizándose diferentes fuentes primarias y secundarias de información con la significativa aplicación del *análisis exegético jurídico* y la *comparación jurídica* como métodos particulares del Derecho.

II. La mala praxis médica: fundamento de la responsabilidad jurídico-penal

El perfil del concepto de responsabilidad, además de depender internamente de la estructura de las normas de conducta, también depende de los fines y valores que persigue el sistema normativo que las ordena (De Larrañaga Monjaraz, 2015, pp. 1465-1469). En este sentido, puede hablarse, según la rama del derecho, de responsabilidad civil, penal, administrativa, laboral, calificadas por algunos autores como tipos, clases o modalidades (Koudriavtsev, 1988, pp. 17-18; De Larrañaga Monjaraz, 1996, pp. 11-17; Méndez López, 2009, p. 14). Obviamente, en cada uno de estos ámbitos del derecho, la responsabilidad jurídica y, consecuentemente, las construcciones dogmáticas que giran en torno a su imputación tienen características peculiares. Sin embargo, que existan diferentes tipos según el orden normativo en que opere el juicio de responsabilidad no impide que, en oportunidades, un mismo hecho contravenga más de una norma de conducta y genere diversas responsabilidades. En lo fundamental, las diferencias se asocian a cuatro elementos: a) el tipo de conducta que da lugar a la consecuencia normativa; b) el contenido de la consecuencia normativa; c) el procedimiento para determinar la adscripción de la consecuencia normativa y d) el objetivo de la imputación de dicha consecuencia (De Larrañaga Monjaraz, 2015, p. 1466).

Hart, al ocuparse del término responsabilidad, cuyas aportaciones lo convierten en uno de los autores más citados sobre el tema (Figueroa Rubio y Torres Ortega, 2018; De Larrañaga Monjaraz, 1996, pp. 31-105; Martínez Pérez y Alzate Peralta, 2019, p. 13; Méndez López, 2009, p. 9; Nino, 2003, pp. 184-186), subrayó que este concepto puede entenderse al menos en cuatro sentidos: 1) responsabilidad como obligación o funciones derivadas de cierto cargo, relación, papel o rol social (*role-responsibility*); 2) responsabilidad en el sentido de factor causal (*causal-responsibility*); 3) responsabilidad como capacidad o estado mental (*capacity-responsibility*) y 4) responsabilidad como sancionabilidad (*liability-responsibility*).

A la luz de su concepción, la “responsabilidad como sancionabilidad” se erige en concepto central que abarca la mayoría de los supuestos en los que aparece el término en los diferentes ámbitos normativos (De Larrañaga Monjaraz, 1996, p. 373; Méndez López, 2009, p. 10; Nino, 2003, p. 187). Molina Fernández, aunque lo denomina “responsabilidad como atribución de consecuencias por el hecho lesivo”, también sostiene que es la noción más habitual de esta expresión en la ciencia jurídica; con ella se identifica quién o quiénes deben responder de un hecho, en el sentido de sufrir ciertas cargas que se anudan a su existencia (Molina Fernández, 2000, pp. 172-176).

Esto no significa limitar el término, como lo hace Kelsen, a la función de imputación de sanciones, pasando por alto los contextos en los que se vincula con

la formulación de normas de conducta y la formulación de los criterios de imputación (De Larrañaga Monjaraz, 1996, pp. 368-370). A *contrario sensu*, bajo esta idea los restantes sentidos de responsabilidad constituyen —en distintas formas— presupuestos de los juicios de la responsabilidad como sancionabilidad. Así también opina Molina Fernández al referir que en la delimitación de las razones que justifican la imposición de consecuencias gravosas interesa también la intitulada por él “responsabilidad como originación”, precisamente porque su concurrencia constituye el primero y más importante de esos criterios (Molina Fernández, 2000, pp. 171-178).

Conforme al esquema propuesto por Hart, la responsabilidad jurídica sigue la senda deber-antijuridicidad-responsabilidad (como se citó en Méndez López y Goite Pierre, 2012, p. 179). Visto en palabras de Vodanovic: “primero aparece el deber; después, sucesiva y condicionalmente al incumplimiento, la responsabilidad por no haber cumplido” (1995, p. 191). Una lógica elemental conecta las responsabilidades a los deberes pues, por ello, como asevera Valdez Díaz: “al deber jurídico le acompaña siempre la responsabilidad por su incumplimiento” (2005, p. 98). En consecuencia, en el sentido que aquí interesa, entendemos que “la responsabilidad no es sino un deber jurídico sucedáneo de un deber primario. Es la sujeción a la sanción contenida en la norma violada o la sujeción a los efectos reactivos del ordenamiento jurídico dimanante del incumplimiento de un deber anterior” (Vodanovic, 1995, p. 191).

A pesar de estas precisiones, frente a la compleja práctica de imputar responsabilidades —con mayor razón en el ámbito médico por la realidad contextual que entraña la propia praxis en este sector de actividad profesional— recurrimos a la propuesta de De Larrañaga Monjaraz. Este autor nos dice que la adopción de una sistemática de la responsabilidad es una buena estrategia para dar cuenta —desde una doble dimensión normativa-descriptiva— de cómo se formulan y justifican los juicios de responsabilidad en el derecho. Toma como referente el concepto central de responsabilidad —la responsabilidad como sancionabilidad— y sostiene que se presenta como un sistema compuesto de tres tipos de enunciados normativos. Los enunciados son: 1) normas de conducta, 2) reglas de responsabilidad y 3) juicios de responsabilidad (De Larrañaga Monjaraz, 2015, p. 1460).

Bajo este modelo de comprensión, la noción de responsabilidad se relaciona con las normas de conducta —normas de mandato o de fin, que tienen como propósito dirigir las conductas— de dos formas distintas: a) de manera directa, como equivalente de obligación o de deber y b) de manera indirecta, como criterio de identificación de deberes especiales. Esta última noción es equivalente, en el esquema de Hart, a la responsabilidad como obligación o funciones derivadas de cierto cargo, relación, papel o rol social (*role-responsibility*). Aquí las reglas que

atribuyen responsabilidades —reglas constitutivas o institutivas— presuponen otras normas de carácter secundario respecto del deber en cuestión. Así, cuando se dice que el médico es responsable del cuidado de la salud del paciente, aunque no se instituye una obligación o deber respecto de una conducta concreta, se hace referencia a la esfera de responsabilidades que deriva de la relación jurídica que este establece con el paciente. Esta esfera de responsabilidades se compone de todas las conductas concretas ligadas con las situaciones activas (modalidades) y situaciones pasivas (expectativas) correspondientes a dicho vínculo jurídico (Ferrajoli, 1997). De lo anterior deriva que la noción de responsabilidad en el ámbito médico conduce a la idea de la esfera de responsabilidad médica como criterio que engloba los deberes concretos relacionados con el ejercicio de la medicina (De Larrañaga Monjaraz, 2015, pp. 1460-1461).

Las reglas de responsabilidad —aquellas que establecen las condiciones necesarias para imputar sanciones en virtud del incumplimiento de la norma (conducta ilícita)— se refieren, fundamentalmente, a tres criterios de imputación: a) la capacidad de los sujetos normativos; b) la relación causal entre el sujeto y la conducta caracterizada por la norma de conducta; c) la relación entre el agente del ilícito y la persona a quien se dirige la sanción. Los dos primeros criterios se corresponden, en el esquema de Hart, con las nociones de la responsabilidad en el sentido de factor causal (*causal-responsibility*) y la responsabilidad como capacidad o estado mental (*capacity-responsibility*). Ahora bien, dependiendo del orden normativo —civil, penal, administrativo— y el sistema de responsabilidad específico que en este se asuma, la responsabilidad jurídica puede ser más o menos exigente en los criterios de imputación a los que liga sus consecuencias. En base a ello, el único requisito normativo imprescindible en el concepto de responsabilidad es el incumplimiento de un deber, denominado por De Larrañaga Monjaraz como criterio mínimo para la inteligibilidad de la noción de responsabilidad (De Larrañaga Monjaraz, 2015, pp. 1461-1463).

Finalmente, “un juicio de responsabilidad es el resultado de subsumir una conducta en un sistema de responsabilidad” (De Larrañaga Monjaraz, 2015, p. 1463) que se compone de una norma de conducta y las reglas de responsabilidad que establecen las condiciones normativas necesarias —criterios de responsabilidad— para que pueda imputarse una sanción. En este sentido, será correcto el juicio si dicha subsunción satisface las reglas de responsabilidad que establece el sistema normativo en relación con la norma de conducta de que se trate. Un juicio de responsabilidad puede rechazarse negando cualquiera de sus elementos, esto es, a) negando el hecho particular —acción o estado de cosas— que se imputa al sujeto; b) afirmando que la norma de conducta no es aplicable al caso, o bien, c) afirmando que, aunque el hecho que se imputa y la norma es aplicable al caso, no se satisface alguna regla de responsabilidad (De Larrañaga Monjaraz, 2015, p. 1464).

En el sector de la salud, el acto médico presupone una obligación legal que se origina de la interacción médico-paciente. En ese momento nace la relación jurídico-médica y con ella el reconocimiento de los derechos y obligaciones de los sujetos que la configuran. Cuando en el marco de este vínculo jurídico se incumple un deber, se produce un acto médico contrario al ordenamiento médico-legal, se genera, en principio, la responsabilidad médica como sancionabilidad. Su concreción dependerá de la satisfacción de las “reglas de responsabilidad” y el resultado del “juicio de responsabilidad” conforme al orden normativo en el que tengan lugar.

Sin embargo, no es ocioso señalar que los trabajadores de la salud pueden incurrir en responsabilidad jurídica tanto en el marco de la relación médico-paciente como fuera de ella. Asimismo, la responsabilidad médica se origina no solo durante la ejecución del acto médico, pues puede surgir luego de haberse concluido la terapéutica planificada y puede estar asociada, *v.gr.*, al secreto profesional. En cualquier caso, tendrá su génesis en el incumplimiento de un deber relativo a la esfera de responsabilidades correspondiente al servicio de la salud que se presta, lo cual se relaciona con la noción de responsabilidad como obligación o funciones derivadas de cierto cargo, relación, papel o rol social expuesta por Hart.

De las diferentes situaciones que generan responsabilidad médica, objeto de nuestro estudio es la mala praxis que en la literatura científica también encontramos con la denominación de “mala práctica”, “*mulpractice*”, “*mulpractique*”, “*kunstfehler*”, “*malpractice*”, “malpraxis”, “falta médica”, “tratamiento contra *legis artis*”. La misma se define como la acción de dañar total o parcialmente, temporal o de manera permanente la salud humana en el marco de la relación médico-paciente, resultado de un acto médico imprudente. En estos casos, el daño ha sido provocado porque la actuación médica se aparta del deber de cuidado que exige el caso concreto, haciéndose merecedora de la tacha de la imprudencia. Es la responsabilidad médica *stricto sensu* o responsabilidad médica propiamente dicha, calificada también como una variedad de la responsabilidad profesional, razón por la cual se significa su naturaleza culposa (cometida sin la intención de hacer daño).

La literatura científica, sobre todo la literatura médico-legal (Amores Agulla y Marrero Quesada, 2015; David Tole y Cadavid, 2018; Dossier: Mala praxis médica. Selección de jurisprudencia y doctrina, 2018; Gamboa Montejano y Valdés Robledo, 2015, p. 77; Guzmán Mejía, 2018; Organización Panamericana de la Salud, 2004, p. 48; Vargas Alvarado, 2012, p. 498; Vila Morales y Pérez Echeverría, 2013, p. 191), se refiere con frecuencia a la mala praxis como la actuación por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de los reglamentos y deberes exigidos a los profesionales de la salud durante la realización del acto médico. Sin embargo, en rigor, estos términos son reconducibles recíprocamente y tal distinción suma

dificultades para su identificación en un caso concreto en el que pueden verse entremezcladas, tratándose, en definitiva, de una conducta imprudente en sentido amplio.

Es importante destacar que solo el personal técnico-profesional de las ciencias de la salud es competente para efectuar actos médicos. Solo ellos, dentro de los trabajadores del sector, se encuentran habilitados por las autoridades pertinentes para el ejercicio de la profesión según lo dispuesto por las normas jurídicas correspondientes. De ahí que, en un primer momento, resulte presumible la noción de responsabilidad como capacidad que planteara Hart y definiera De Larrañaga Monjaraz al referirse a las reglas de responsabilidad, cuya ausencia imposibilita la tipificación de la mala praxis. También debemos señalar que, al producirse el daño a la salud o la vida en el marco de un acto médico, debe demostrarse que estos resultados no fueron consecuencia de complicaciones propias del proceder o por mala evolución o capacidad reducida de recuperación del paciente. Esto es así porque la relevancia —sobre todo en el orden jurídico penal o civil— de la mala praxis médica depende de estos resultados. De ahí su necesaria diferenciación de otras situaciones o eventos en los cuales —también en el marco del acto médico— se producen esos resultados y no le deben ser imputados al profesional de la salud. Así, *v.gr.*, en caso de eventos adversos que clasifican como *iatrogenia*, error médico (invencible) o complicaciones médicas.

Como nuestro objeto de directa atención es la responsabilidad penal por mala praxis médica frente a los eventuales resultados de muerte o lesiones al paciente, resulta necesario hacer una breve referencia a los criterios que en este ámbito justifican su imputación. En este sentido, como punto de partida, asumimos que: “(...) la responsabilidad jurídico-penal consiste en la obligación que tiene un sujeto imputable de sufrir las consecuencias legalmente instituidas (las sanciones o penas), por la perpetración de un hecho socialmente peligroso y antijurídico también previsto en la ley (los delitos)” (Quirós Pérez, 2002, p. 3). De conformidad con esta definición —aun cuando opinamos que el término más adecuado sería el de sujeto culpable en lugar de imputable— (1) la responsabilidad en sede penal se origina en el momento en que se comete un hecho delictivo, dando lugar a una relación jurídica entre el Estado y el agente comisor. Sustentado en dicha relación, el primero se encuentra legitimado para imponer la sanción correspondiente y el infractor tiene la obligación de sufrir las consecuencias jurídico penales del acto delictivo realizado. De esta forma se verifica que la responsabilidad jurídica se estructura a partir de una relación jurídica, razón por la cual también se coincide con

(1) La imputabilidad es condición necesaria pero no suficiente para responder de un delito. Vencido el juicio de la antijuridicidad, la imputabilidad constituye solo uno de los presupuestos del juicio de culpabilidad que no bastaría para la realización de la imputación subjetiva completa.

Méndez López cuando define la responsabilidad penal en sentido general “como aquella que se origina ante la vulneración del deber de abstención de no cometer delitos, que implica la sujeción de quien quebrantó dicho deber de la obligación de sufrir una pena y soportar otras consecuencias” (Méndez López, 2009, p. 19).

Al hilo de lo indicado, la determinación de la responsabilidad penal remite al examen de aspectos teóricos de viva polémica en el derecho penal, como los relacionados con la teoría del delito, la cual ofrece un esquema metodológico que permite establecer si una determinada conducta genera responsabilidad penal (Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, 1997, p. 127; Muñoz Conde y García Arán, 2010, p. 201; Roxin, 1997, p. 196; Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2005, p. 292). A pesar de las divergencias teóricas, “en la moderna dogmática del Derecho penal existe en lo sustancial acuerdo en cuanto a que toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica, culpable y que cumple otros eventuales presupuestos de punibilidad” (Roxin, 1997, pp. 193-194). No obstante, como también advierte Roxin, el contenido concreto de cada una de ellos y su relación recíproca son discutidos según los distintos puntos de vista científicos de que se parta, presentando aspectos diferentes para cada uno (Roxin, 1997, p. 194). Luego, retomando la propuesta de De Larrañaga Monjaraz, sostenemos que el reparto de las “reglas de responsabilidad” entre estos elementos refleja el reconocimiento de diferentes niveles de imputación.

En este sentido, Molina Fernández reconoce al menos cuatro niveles jerárquicamente ordenados que —asociados a las categorías de la teoría del delito— permiten justificar la imposición de responsabilidad jurídica en sede penal. En primer lugar, la causalidad de la acción humana, entendida, en un sentido exclusivamente científico, como vinculación conforme a leyes naturales; en segundo lugar, la imputación objetiva, como vínculo normativo en el que se atiende a si el resultado es, además de causado, la concreción del peligro jurídicamente desaprobado que encierra la acción o si esta es la frustración de una expectativa social fijada en un rol; en tercer lugar, el hecho objetivamente imputable debe ser, además, efecto del dolo —natural, referido al hecho, pero no al conocimiento de la antijuridicidad— del autor que se erige en elemento central del tipo subjetivo o la infracción del deber de cuidado; por último, al vínculo de tipicidad objetivo-subjetiva se suman el resto de los elementos de la imputación subjetiva examinados en la culpabilidad, lo que permite afirmar la presencia de un vínculo de imputación completo (Molina Fernández, 2000, p. 174).

III. Mala praxis médica: modalidades y sistemas de incriminación

Una mirada desde la perspectiva del derecho comparado hacia la mala praxis médica, entendida como imprudencia profesional o simplemente imprudencia

médica penalmente relevante, deja ver las generalidades y tendencias sobre su regulación penal. En esta dirección, se aprecian diferentes enfoques normativos inspirados en las voces doctrinales que lo avalan, en la jurisprudencia, y también inspiradores de estas. Como explica Gómez Rivero, “a diferencia de lo que sucede en otros sectores de actividades de riesgo en los que son mínimas las dificultades para traducir desde un punto de vista político criminal de oportunidad el juicio de reproche al que conduce un análisis estrictamente dogmático, la realidad contextual en la que se desenvuelve la *praxis* médica propicia toda una escala valorativa a la hora de traducir en términos penales el comportamiento imprudente” (2003, p. 327).

El espectro de reacciones oscila desde quienes propugnan un trato menos severo ante los resultados lesivos ocasionados por imprudencia en el ejercicio profesional hasta aquellos que reclaman especiales niveles de exigencia. Concretamente, asociado a la actividad médica, los defensores de medir conforme a rígidos baremos la imprudencia del profesional de la salud fundamentan su postura en el singular valor de los bienes jurídicos que pueden resultar lesionados. Para ellos, en este ámbito han de extremarse las medidas de cuidado, de tal forma que, en principio, cualquier descuido de las mismas podría dar paso a la responsabilidad (Gómez Rivero, 2003, p. 328). También encontramos quienes, en términos generales, la basan en un mayor desvalor de acción, en un “plus de antijuridicidad” (Córdoba Roda, 1996, p. 146; Gratascós Gómez, 1997, p. 74; Núñez Barbero, 1975, p. 93), en razones de política criminal (Romeo Casabona, 2005, p. 21) o atendiendo a la teoría de los fines de la pena, tanto en su vertiente preventivo-general como preventivo-especial (Rodríguez Vázquez, 2012, p. 68; De Vicente Remesal y Rodríguez Vázquez, 2007, p. 156).

Los que se oponen a esta forma de pensar sostienen que el juicio de reproche por imprudencia debe ceñirse a los casos en los que la misma revista especial gravedad sobre la base de diferentes razones. Entre ellas, la especial proclividad con que es posible apreciar en este ámbito una actuación imprudente debido a la incerteza de la ciencia médica. Asimismo, la premisa humana de impedir que el médico realice su actividad presionado por el temor de acabar ante los tribunales, con los riesgos que ello implica asociados a la medicina defensiva frente a la efectiva atención y cuidado del paciente (Gómez Rivero, 2003, p. 328). Otros entienden que la imprudencia profesional carece de un perfil intrínseco que la distinga de la imprudencia común o genérica, razón por la cual reclaman su desaparición de aquellas disposiciones legales que la estipulan a través de figuras o cláusulas especiales (Cadavid Quintero, 1998, p. 92; Fernández Hierro, 1997, p. 463; García Andrade, 1998, p. 18; Silva Sánchez, 1999, p. 24; Villacampa Estiarte, 2003, p. 124).

Sobre esta base, la revisión de una selección de códigos penales permitió distinguir la forma en que desde el derecho positivo en la actualidad se encara la

responsabilidad penal por imprudencia profesional en general y la médica en particular (2). De acuerdo con la exploración de la legislación, la primera cuestión interesante es la adopción —como tendencia— del sistema de *numerus clausus o crimina culposa* en la incriminación de la actuación imprudente. En casi la totalidad de las legislaciones estudiadas (15 —93.75%— de 16) solo podrá apreciarse la imprudencia en aquellos supuestos en los que expresamente se contemple en algún precepto de la parte especial del Código Penal (3). Ello sucede, sobre todo, en la lesión y puesta en peligro de la integridad física y la vida, o sea, en el homicidio y las lesiones. Bajo esta órbita se aprecia una adecuada consagración a los principios de *ultima ratio* y carácter fragmentario de derecho penal asociada a la concepción de la conducta imprudente con significación penal.

El escenario cambia frente a la búsqueda de cláusulas o figuras que distingan la imprudencia común de la profesional o mala praxis. En este sentido, en plena coherencia con lo subrayado *supra* en el orden doctrinal, se identifican distintas posiciones normativas. De acuerdo con este estudio, se identificaron legislaciones que se insertan en las filas de quienes propugnan reaccionar de forma más enérgica frente a la imprudencia profesional que frente a la genérica (8 —50%— de 16) (4). En el extremo opuesto, o sea, aquellas que prescriben una especial condescendencia, encontramos solo una entre las estudiadas (1 —6.25%— de 16) (5). También identificamos siete códigos que no contemplan preceptos especiales, lo que no significa que son indiferentes o no reflejan una forma de valorar la imprudencia profesional (7 —43.75%— de 16) (6). En estos casos —al decir de Gómez Rivero—, la postura que se deja ver es la de medirla conforme a reglas generales, porque todos los códigos penales son expresión de una carga ideológica determinada. Así, de forma implícita, se manifiesta en ellos que el profesional ni merece mayor condescendencia ni un trato más severo, relegando a la labor de los tribunales la cuantificación de la gravedad de su actuación según el caso concreto (Gómez Rivero, 2003, p. 329).

Otros de los aspectos objeto de indagación versó en torno a la previsión para estos casos de la pena de “inhabilitación profesional” y su naturaleza. Habida cuenta que su imposición —según sostiene Hava García— deja marginado al profesional

(2) Fueron seleccionados los códigos penales de Chile, México, Colombia, Argentina, Costa Rica, Perú, Paraguay, Bolivia, Uruguay, Ecuador, El Salvador, Venezuela, España, Alemania, Francia e Italia.

(3) Solo el Código Penal de Distrito Federal de México mantiene el sistema de *numerus apertus* en relación a la imprudencia.

(4) Son los códigos penales de España, Chile, México, El Salvador, Argentina, Perú, Bolivia e Italia.

(5) Se trata del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador (COIP).

(6) Son los códigos penales de Alemania, Francia, Colombia, Costa Rica, Paraguay, Venezuela y Uruguay.

del campo laboral en el ejercicio de su profesión, resulta especialmente gravosa (Hava García, 2001, p. 32) y ha generado, sobre todo en España, una especial polémica. De su análisis apreciamos que su fijación constituye una tendencia en los códigos penales estudiados, ya sea como sanción accesoria o principal. También se prevé con carácter preceptivo en aquellos ordenamientos que distinguen la imprudencia profesional e incluso en los que no lo hacen. Del tenor literal de las normas que la estipulan se revela como fundamento la necesidad de su exigencia debido a que en estos casos el resultado de muerte o lesiones obedece a la inobservancia de los deberes ligados al ejercicio de la profesión.

En un segundo momento del estudio comparado escudriñamos en la experiencia española y ecuatoriana para conocer el debate doctrinal y jurisprudencial que se ha generado en torno a la postura asumida en su legislación porque cada una de estas legislaciones representa los dos extremos de los sistemas acogidos para la exigencia de la responsabilidad por mala praxis médica. A partir de la configuración típica de la imprudencia profesional en España, se advierte una mayor incriminación de la imprudencia relativa al ejercicio de la medicina mediante la incorporación, con la adopción de la ley orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, de conductas que antes quedaban al margen de un tratamiento claramente agravatorio e incluso de la esfera de lo típico (Gómez Rivero, 2003, p. 330; Hava García, 2002, p. 31; Rodríguez Vázquez, 2012, p. 64).

La mayor preocupación, no obstante, está asociada a que el legislador español no especifica —como tampoco lo hace ninguno de los códigos estudiados— qué entender por imprudencia profesional. Deja al arbitrio del operador jurídico la delimitación de los contornos por vía de interpretación de una figura cuya aplicación implica una agravación punitiva. Frente a esta situación, y en aras de argumentar la adopción de una cláusula normativa para la imprudencia profesional, el Tribunal Supremo intentó establecer criterios materiales con los que superar el carácter objetivo de evaluación de la responsabilidad toda vez que se atribuye una mayor pena a un sujeto a tenor de su cualidad personal.

En este tenor se acuñan por vía jurisprudencial los conceptos “imprudencia del profesional” e “imprudencia profesional” (Rodríguez Vázquez, 2012, p. 65; Vallejo Jiménez, 2012, pp. 104-105; De Vicente Remesal y Rodríguez Vázquez, 2007, pp. 158-159). La primera se define como aquella cometida por una persona en el ejercicio de su profesión, pero por infracción de normas de cuidado comunes, esto es, que no son propias del ejercicio profesional. Constituye una imprudencia común pues podría haber sido cometida por cualquiera. *A contrario sensu*, la segunda tendría lugar cuando el profesional infringe normas técnicas, propia de su

esfera de actuación, que tenía el deber de conocer y aplicar, pero para el profano resultarían de imposible cumplimiento (Rodríguez Vázquez, 2012, p. 65) (7).

De cualquier forma, pese a los esfuerzos de la jurisprudencia española, en su praxis judicial existen fallos contradictorios e imprecisos que dejan serias dudas acerca de cuáles son las fronteras entre ellas (Rodríguez Vázquez, 2012, p. 66; Vallejo Jiménez, 2012, pp. 111-123; Villacampa Estiarte, 2003, p. 121). Ello es comprensible que suceda si tenemos en cuenta que el primer imponderable se presenta a la hora de diferenciar entre “normas de cuidado comunes” y “normas de cuidado propias de la profesión”. En este sentido —como dice Rodríguez Vázquez—, cabe cuestionarse si existen acciones ejecutadas en el marco del ejercicio profesional que no estén regidas también por normas de cuidado profesionales, aunque puedan encontrar su réplica en actividades comunes (extraprofesionales) del hombre (Rodríguez Vázquez, 2012, p. 66). Además, conforme advierte Cerezo Mir, en el caso de actividades que pueden desarrollar tanto profesionales como no profesionales —*v.gr.* la conducción de vehículos de motor—, carecerían de justificación normas especiales de cuidado exigibles solo a los primeros para la protección de los bienes jurídicos en riesgo. De modo que no cabría hablar en su caso de un “plus de injusto”, porque el cuidado objetivo que hayan infringido será exactamente el mismo que infrinjan los no profesionales: el necesario. De la misma forma, en las actividades que solo ellos pueden realizar, la infracción del deber objetivo de cuidado se concreta siempre en la infracción de las reglas técnicas que deben observar. Mas, como el cuidado definido por dichas reglas no puede ser otro que el necesario, no cabe ver tampoco en la infracción de las mismas ningún “plus de injusto” que justifique la agravación (como se citó en Díez Ripolles, Gracia Martín, y Lorenzo Copello, 1997, p. 157).

Estos mismos argumentos resultan válidos para desestimar las opiniones que sostienen la necesidad de la distinción y el mayor reproche penal que de ella deriva, en un mayor desvalor de la acción. El elemento decisivo de lo injusto en los delitos imprudentes es siempre la infracción de unas reglas de comportamiento correspondientes al sector de tráfico jurídico en el que se despliegue la actuación (Roxin, 1997, p. 1003; Welzel, 2004, pp. 113-119). Su contenido se determina, en principio, atendiendo al hombre medio ideal situado en la posición del concreto sujeto que realice la acción. En efecto, el dato de la actividad profesional es relevante para establecer si se ha producido la infracción al deber de cuidado, mas no para sobrevalorar la conducta e imponer un mayor grado de injusto en el

(7) Véanse también: Sentencia Juzgado de lo Penal Provincia de Málaga, N° 351/2014; Sentencia N° 307/2006 de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 13 de Marzo de 2006; Sentencia N° 805/2017 (Roj: STS 4867/2017 - ECLI: ES: TS: 2017:4867). En la misma línea resulta ilustrativa la STS de 8 de junio de 1994, citada en Sanz Mulas, 2014, p. 322.

comportamiento del infractor (García Rivas, 1999, p. 95). El desvalor de la acción es, sin duda, un elemento esencial del delito imprudente, pero resulta insuficiente para justificar la fijación de una circunstancia de agravación punitiva solo para los profesionales. Tan disvalioso es la infracción del deber de cuidado, que produce una lesión al bien jurídico que se intenta proteger a través de la figura del delito imprudente si la realiza un profesional como quien no ostenta tal condición.

Hava García y De Vicente Remesal argumentan el establecimiento de la elevación penológica en criterios preventivos especiales (Hava García, 2001, p. 36; De Vicente Remesal, 2000, p. 106). Consideran que quien en el ejercicio de su profesión comete una imprudencia grave revela su incapacidad para controlar el foco de peligro que a diario abraza la actividad que realiza y tal peligrosidad debe ser neutralizada. En base a ello, lo pertinente será apartar a esta persona de esa actividad a través de una sanción que lo inhabilite para ejercer por un período de tiempo determinado. Así, procuran justificar la adición de la inhabilitación especial para la imprudencia profesional que realiza el legislador del Código Penal español de 1995 en lugar de la fijación de la sanción acercándose al límite máximo del marco penal previsto para el delito (Rodríguez Vázquez, 2012, p. 67; Vallejo Jiménez, 2012, p. 129).

Una posición distinta asume Vallejo Jiménez, a quien, si bien le parece razonable que una sanción como la inhabilitación en el ejercicio profesional pueda tener efectos de prevención, considera que para tales fines es suficiente la pena privativa de la libertad. Por tanto, resulta superflua la agravación con la única justificación de servir como sanción ejemplificante, así como para evitar que el profesional que ha sido inhabilitado repita actuaciones tan gravemente descuidadas (Vallejo Jiménez, 2012, p. 131). Lo cierto es que —como apunta esa propia autora— “ni en la doctrina, ni mucho menos en la jurisprudencia, existen razones lo suficientemente sólidas que permitan justificar la existencia de la agravación de la responsabilidad penal por imprudencia profesional” (Vallejo Jiménez, 2012, p. 129). Incluso, de considerar en alguna medida válidos los argumentos que se esgrimen a favor de la agravación, solo se justifica la mayor reprochabilidad de la inobservancia del deber de cuidado dentro del marco penal abstracto fijado por la ley.

En ese mismo orden, la pena de inhabilitación del ejercicio de la profesión, aunque se fundamente en criterios de prevención, debe ser de naturaleza facultativa. Además, en estos casos, como opinan De Vicente Remesal y Rodríguez Vázquez, no debe consistir necesariamente en una prohibición total o general del ejercicio de la medicina, sino restringirse al ámbito concreto en el que se cometió el hecho delictivo. Así, *u.gr.*, prohibición del ejercicio de la ginecología pero no de ser colaborador de otro médico con el cual se puede trabajar bajo supervisión o control (De Vicente Remesal y Rodríguez Vázquez, 2007, p. 156).

En el caso de Ecuador, a partir de la puesta en vigor el 10 de agosto de 2014 del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador (COIP), se tipifica el “Homicidio culposo por mala práctica profesional” (República de Ecuador, Asamblea Nacional, 2014) (8). De esta forma, se desarrolla normativamente un tipo específico sobre la responsabilidad profesional que ya había sido prevista en la Constitución del 2008 (9). Sin embargo, la incorporación de esta figura no significa que con ella se viniera a colmar un vacío legislativo generador de impunidad frente a resultados de muerte o lesiones ocasionados por mala práctica o imprudencia profesional. Antes, bajo el Código Penal de 1971, estos supuestos encontraban respuesta en los tipos penales del “homicidio inintencional” y las “lesiones inintencionales”; solo que esta vez el homicidio culposo por mala práctica profesional es un delito especial impropio: tiene por base el delito de “homicidio culposo” (artículo 145 COIP) simple y se constituye en una modalidad autónoma que requiere como sujeto activo un profesional en la práctica de sus funciones.

Para su tipificación, el legislador exige el reconocimiento de la necesaria infracción a un deber objetivo de cuidado, deja claro que la mera producción del resultado no lo configura y que debe haberse inobservado leyes, reglamentos, ordenanzas, reglas técnicas o *lex artis* aplicables. También tendrá que existir relación directa entre infracción y resultado, analizándose el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y la evitabilidad del hecho (artículo 146 COIP). En fin, establece en el propio precepto penal un conjunto de pautas normativas para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado. Sin embargo, llama la atención que se asigna un rango de pena menor a esta figura (uno a tres años) que al homicidio culposo (tres a cinco años). Visto así, es más grave que una persona común provoque la muerte por imprudencia que un médico u otro profesional lo haga en el ejercicio o práctica de su profesión. En razón a ello lo ubicamos como la legislación que adopta una postura hacia un tratamiento privilegiado de la imprudencia profesional. Solo cuando el homicidio culposo por mala práctica profesional se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas, se integra la modalidad agravada (tres a cinco años) que incluso contiene el mismo marco penal abstracto del homicidio culposo.

(8) Artículo 146 del COIP: “La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”. Esta formulación legal también es utilizada para imputar los casos de infracción al deber de cuidado con resultado material de lesiones, por remisión expresa que a ella hace el artículo 152.

(9) Artículo 54 de la Constitución de la República de Ecuador: “Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas” y, en el artículo 75, garantiza a toda persona el acceso a la justicia y el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses.

Como se aprecia, es obvia la diferenciación entre la imprudencia común u homicidio culposo y la imprudencia profesional que intitula homicidio culposo por mala práctica profesional. Sin embargo, amén de que este precepto pueda haberse inspirado sobre todo en la mala praxis médica, no podemos decir que de forma expresa se distinga en él la imprudencia de estos profesionales en particular. Ha sido el Ministerio de Salud de ese país quien, al decir de Palencia Núñez, ha salido a la palestra de la discusión a dar la interpretación desde el sector público oficial del texto sobre homicidio culposo por mala práctica (Palencia Núñez, 2017, p. 108). Ello porque su concreción legislativa en sede penal como figura específica generó un amplio debate, especialmente entre los profesionales de este sector, cuyos gremios sostienen que con ello se criminaliza su labor.

A la vista de lo anterior, el citado órgano comunicó que por ningún motivo el ordenamiento penal pone en riesgo el ejercicio profesional. Aseguró que la elaboración de esta figura penal fue ampliamente trabajada, discutida y consensuada alcanzándose un texto equilibrado que, por un lado, acoge las necesidades de los ciudadanos y a la vez ampara a los médicos en el ejercicio de su profesión (Ministerio de Salud Pública del Ecuador, s./f.). Lo cierto es que la sola creación de esta figura autónoma, aunque con una pena menor que la del homicidio simple en su figura básica e igual a este en la agravada, ha sido captada como una forma de criminalización de la actividad médica. Digamos que, en la práctica, la creación de una figura independiente impropia de la imprudencia profesional, a pesar de que se le establezcan las mismas penas que al homicidio simple e incluso menor que este, ha tenido un efecto incriminatorio. Así se puede entender si evaluamos que en entrevista realizada el martes 4 de junio de 2019 por la Reacción Médica de Quito a Paúl Franco, director del Área Procesal de DS Legal Ecuador, el mismo manifestó que a lo largo de toda la historia se han registrado cerca de 50 denuncias a médicos en ese país y más o menos en un rango de cerca de cuatro años (desde la adopción del COIP hasta diciembre del año 2018) se han producido 577 (Franco, 2019).

En síntesis, a la vista de lo apuntado, se advierte una inclinación de los sistemas punitivos hacia la distinción de la imprudencia profesional en relación a la imprudencia común. Tal proceder, que se justifica desde el punto de vista teórico en función de su mejor estudio y comprensión, resulta inaceptable en el plano normativo en tanto suponga una desviación del principio de igualdad por ausencia de un debido elemento de relevancia para efectuar el distingo; sobre todo en aquellos casos en que el énfasis se hace hacia la profesión médica. De así considerarlo —criterio que rechazamos— se debería exigir para la infinita gama de profesiones creadoras de riesgos asociados a la vida y salud de las personas (Martínez Lazcano, 2011, p. 235; Perin, 2018, p. 879). También, de este análisis se revela que la categoría de la imprudencia profesional en las legislaciones penales no añade nada, al

contrario, distorsiona el sistema de penas y es difícil de defender. Es bien complejo determinar dónde está el mayor desvalor de acción y, por tanto, de injusto, en estos casos que justifique una mayor conminación penal abstracta. Al menos desde el punto de vista normativo creemos que esta sería una categoría prescindible.

La práctica ha demostrado que una mayor intervención y severidad del derecho penal en el ámbito médico como mecanismo de tutela a los bienes jurídicos en juego no es el paradigma más eficiente (Perin, 2018, p. 889; Romeo Casabona, 2007, p. 251). Su creciente utilización, fundamentada en cuestiones de política criminal no bien formuladas, resulta en una alteración de las estructuras de comportamiento de los profesionales de la salud partícipes del conflicto penal, que, a la postre, conlleva una afectación a los bienes jurídicos que se procuran tutelar. Así lo revelan las preocupaciones que genera el recurrente problema de la llamada “medicina defensiva”. Ante esta situación, la búsqueda de un modelo eficiente resulta justificable. Un esquema que permita conjugar de mejor manera, por un lado, el principio de responsabilidad y, por otro, la implementación de las mejores condiciones para el ejercicio de la actividad médica y la protección de los bienes jurídicos involucrados. Un diseño favorecedor del equilibrio entre ambos extremos de la relación-médico paciente.

IV. La clasificación de la imprudencia en el análisis de la mala praxis médica

En la literatura penal existe consenso al clasificar la imprudencia, “según el contenido *psicológico* de la acción imprudente” (Mir Puig, 2016, p. 294), en consciente o con representación e inconsciente o sin representación. En la primera, el sujeto se representa la posibilidad de producción del resultado, es decir, tiene consciencia de que el resultado típico puede sobrevenir a partir de la creación del peligro por él generado. En la segunda, pese a tener los conocimientos que le permitirían representarse esa posibilidad de producción del resultado, no piensa en ello y, por ende, no se la representa o, lo que es lo mismo, no tiene consciencia de la creación del peligro, que siempre es de un resultado (Jescheck y Weigend, 2002, p. 611; Mir Puig, 2016, p. 294; Zaffaroni y otros, 2005, p. 425).

Esta distinción, sin embargo, no posee gran relevancia normativa, porque el legislador nunca vincula a ellas diferentes consecuencias jurídicas (Mir Puig, 2016, p. 294; Muñoz Conde y García Arán, 2010, p. 288; Roxin, 1997, p. 1019; Zaffaroni *et al.*, 2005, p. 425). En cambio, las distintas figuras que Roxin califica como “formas más fuertes y más débiles” (1997, p. 1024) encuentran, por lo general, anclaje normativo en las legislaciones penales. Así, *v.gr.*, cuando en la construcción de los tipos imprudentes se usan los términos “imprudencia temeraria o grave, menos grave, simple o leve”. También cuando sobre esa base no se hace “en numerosos casos presupuesto de la punibilidad la mera imprudencia simple, sino sólo una

forma cualificada” (Roxin, 1997, p. 1024). De igual modo cuando son usadas como fundamento para distinguir entre delito y falta en plena simetría a los principios limitativos del *ius puniendi*, especialmente de *ultima ratio* y el de insignificancia (Martínez Lazcano, 2011, p. 236; Terragni, 2003, p. 28; De Vicente Remesal y Rodríguez Vázquez, 2007, p. 152). No es por ello de extrañar que tanto la doctrina como la jurisprudencia se ocupen de esta clasificación, la cual fundamentan en la gravedad de la infracción de la norma de cuidado como criterio normativo (Mir Puig, 2016, p. 295).

La gravedad de la culpa —en cuanto al contenido de injusto— la señala su temeridad, que califica como una imprudencia grave, burda, sustancialmente elevada, que tiene lugar cuando hay dominabilidad (Roxin, 1997, p. 1024; Zaffaroni y otros, 2005, pp. 392-425) y se omiten las más elementales normas de cuidado o la que no cometería el hombre menos cuidadoso o diligente (De Vicente Remesal y Rodríguez Vázquez, 2007, p. 153). Es aquella que supone una “grave negligencia, imprevisión o descuido que, con olvido o desprecio de elementales precauciones, ocasiona un hecho castigado como delito cuando se realiza con dolo” (Martínez de Navarrete, 1995, p. 233).

Según Ruíz Vadillo, hay imprudencia grave cuando quien “actuando con olvido de los más elementales criterios de prudencia; es decir, de sensatez y equilibrio, haciendo caso omiso de los deberes de cuidado que ha de observar, atendidas las circunstancias de tiempo, de lugar, de situaciones y de personas, ejecuta un hecho que de mediar dolo, constituiría delito” (1994, p. 509).

Frente a esta, la imprudencia insignificante o levísima supone pequeñas faltas de atención cuya existencia ocasional no siempre es evitable ni siquiera para una persona concienzuda o escrupulosa (Roxin, 1997, p. 1028). Se configura frente a una falta de atención de poca entidad a las normas de cuidado o de una desatención a normas de poca entidad (De Vicente Remesal y Rodríguez Vázquez, 2007, p. 153). En palabras de Gómez Rivero, es “aquella en que puede incurrir cualquier persona normal, esto es, la que por contraposición a la anterior, sería propia de una persona no gravemente descuidada” (Gómez Rivero, 2003, p. 374). En estos casos —como apunta Roxin— “no resulta adecuada una pena criminal, porque una culpabilidad que alcanza a cualquiera no puede ser combatida eficazmente mediante ella; basta con la compensación jurídico civil de las consecuencias del daño” (Roxin, 1997, p. 1028).

En cualquier caso, es forzoso advertir que el asunto de su identificación práctica se torna especialmente relevante y difícil. Así sucede, sobre todo, en los ordenamientos que en atención a estos conceptos jurídicos bareman la imprudencia profesional e incluso de ello depende su diferenciación de la imprudencia común (*v.gr.*, España, Chile, Francia e Italia). Situación que se agudiza si tenemos

en cuenta que los pronunciamientos en la doctrina penal sobre los criterios para establecer la graduación no son pacíficos. En este sentido, el propio Roxin señala que “está poco claro cuándo hay que apreciar en concreto una temeridad” (1997, p. 1024). Además, en los códigos no se establecen reglas que sirvan para modular en esta dirección la imprudencia, conminándose a los tribunales —por vía interpretativa en el ámbito de lo valorativo y axiológico— a actuar con cierto relativismo en atención al caso concreto y circunstancias concurrentes (Ventas Sastre, 2003, p. 119).

Obviamente, esto ha de redundar en una sensación de inseguridad jurídica que no beneficia ni a los pacientes ni a los profesionales de la salud. En España, *v.gr.*, la imprudencia profesional es una modalidad agravada de la imprudencia grave (Benítez Ortúzar y Cruz Blanca, 2009, p. 167) (antes temeraria), que figura junto a aquella y la menos grave. Sardinero, refiriéndose a la incorporación de la categoría de la imprudencia menos grave en la legislación penal española con la reforma que introduce la ley orgánica 1/2015 de 30 de marzo, expresó: “(...) la reforma ofrece una nueva y más que difícil distinción entre imprudencia grave, menos grave y leve, casi nada” (Sardinero García, 2015, p. 285).

Al buscar la solución en la doctrina a esta problemática, siguiendo la sistematización realizada por Roxin, advertimos que unos autores vinculan la gravedad de la imprudencia al “grave descuido o frívola falta de consideración por lo que no se tiene en cuenta la posibilidad claramente advertida de realización del tipo”; otros, cuando por “especial negligencia o ligereza o por especial indiferencia se hace caso omiso de la posibilidad que le salta a la vista de un desenlace mortal”; o bien, si se “descuida muy gravemente el empleo de las facultades intelectuales o infringe una posición de deber elevada o intensificada que le atañe objetivamente, pero sobre todo en el caso de alta probabilidad de producción del daño”; también se arguye que “depende de la valoración social de la conducta generadora de riesgo y del valor del bien jurídico amenazado” (Roxin, 1997, p. 1025 y ss.).

Bacigalupo sugiere un enfoque preventivo especial en el que se tenga en cuenta el grado de desinterés revelado por el autor respecto de los bienes ajenos. Al mismo tiempo, expresó: “De esta forma no se alcanzará un concepto preciso, pero, al menos, podrá situarse la cuestión en el lugar que le corresponde sistemáticamente” (Bacigalupo, 1999, p. 347).

En este debate asumimos la opinión del maestro germano cuando señala: “Lo correcto es considerar la temeridad como un elemento atinente al injusto y a la culpabilidad” (Roxin, 1997, p. 1026). En efecto, su concreción igualmente depende de la valoración social de la conducta generadora de riesgo y del valor del bien jurídico amenazado. Lo primero responde a la “ponderación de utilidad y riesgo”, en tanto el segundo analiza conmina a que “cuando estén amenazadas vidas

humanas se ha de afirmar antes la temeridad que cuando se trate de bienes patrimoniales limitados”. En esa misma línea de pensamiento, utilizando los mismos baremos, pero en sentido inverso, precede la verificación de la imprudencia insignificante (Roxin, 1997, pp. 1010-1028).

Sea como fuere, la tarea es ardua, la línea divisoria es difícil de determinar y conlleva como peligro inherente la posibilidad de incurrir en soluciones jurisprudenciales arbitrarias o contradictorias. De ahí la necesidad de que se analicen de forma exhaustiva todos los condicionamientos y circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado (Sardinero García, 2015, pp. 285, 288 y 293; Ventas Sastre, 2003, p. 119). Asimismo, que los jueces “no pequen de una excesiva sobriedad al narrar o describir lo sucedido, sino que en el *factum* de sus sentencias no regateen ni escatimen datos o pormenores sino que lo redacten minuciosamente y con toda prolijidad posible, facilitando, de ese modo, y haciendo fundada y comprensible la delimitación, así como la calificación más certera y atinada” (extracto de la sentencia de la Sala Segunda del TS de España de fecha 22 de abril de 1988, como se citó en Ventas Sastre, 2003, p. 122).

La graduación de la imprudencia tendrá que hacerse atendiendo al contenido del desvalor de la acción, no del resultado que produzca, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto. Como, por lo general, los códigos no contemplan parámetros de orientación, los extremos que deberá tener presente el juez son: la importancia de los bienes afectados, la utilidad social de la conducta, la proporción estadística entre la acción realizada y el resultado producido, el grado de previsibilidad del riesgo, conocimientos y capacidades del autor, todo ello conjugado con la relatividad de la ciencia médica y con las circunstancias de tiempo, lugar, urgencia con que se practica el acto médico (Gómez Rivero, 2003, p. 337; Sanz Mulas, 2017, pp. 317-320).

Superado este inconveniente, aun encontraremos en algunos ordenamientos referencia a las especies o formas clásicas de la impericia, negligencia e imprudencia para regular la misma categoría dogmática. Entonces, surgen algunas interrogantes: ¿Resulta factible distinguir entre ellas como formas de imprudencia merecedoras de diferentes tratos sancionadores?, ¿La mala praxis médica penalmente relevante es solo impericia o también negligencia o imprudencia?

En términos generales, la negligencia consiste en no hacer lo que debería ser hecho, la imprudencia en hacer lo que no debería ser hecho, y la impericia en hacer mal lo que debería hacerse bien (Martínez Murillo y Saldívar, s./f., p. 36; Organización Panamericana de la Salud, 2004, p. 48; Vargas Alvarado, 2012, p. 498). En la búsqueda de la respuesta a la necesidad o no de la distinción en sede normativa, resulta de gran utilidad la valoración de la experiencia española e italiana. En esta última, *v.gr.*, el término impericia define la aplicación o no de un régimen más

favorable que prevé, según el caso, la exclusión de la relevancia penal de la imprudencia. Ello es expresión de una opción político-criminal que fundamentan en las mayores dificultades relacionadas con el ejercicio de la profesión y la necesidad de hacer frente al fenómeno de la medicina defensiva. En España, en cambio, sustentados en cuestiones de prevención general y especial, la misma categoría se emplea para calificar los casos de imprudencia profesional (figura agravada de la imprudencia grave) (Perin, 2018, p. 884); así lo pone de manifiesto el Tribunal Supremo a través de varias sentencias (10).

Como se aprecia, las razones y las finalidades que conllevan en uno y en otro contexto a acudir al concepto de impericia son distintas, pero, en ambos casos, su empleo ha generado un estado de incertidumbre. En España, la imprudencia profesional obedece esencialmente a supuestos de ignorancia que quedan excluidos del régimen más favorable; en Italia, la incertidumbre se manifiesta en el riesgo de que se puedan convertir supuestos de impericia (sujeta, en ciertos casos, a un régimen más favorable) en imputaciones por negligencia e imprudencia penalmente relevantes (Perin, 2018, pp. 884-885).

Para evitar los señalados inconvenientes consideramos que la impericia no es otra cosa que una imprudencia o una negligencia según la regla técnica inobservada prescriba abstenerse de cierta conducta que el sujeto realiza o bien la omisión de aquella que resulta aconsejada (Gómez Pavón, 2004, p. 341; Perin, 2018, p. 885). En fin, la relatividad de la distinción conceptual entre negligencia, imprudencia e impericia no debiera poseer gran relevancia al extremo de fundamentar la discriminación teórica o normativa entre imprudencia profesional y genérica. Mucho menos justificar una diferenciación insostenible de formas de imprudencia merecedoras de distintos tratos sancionadores. A favor de este planteamiento, Zaffaroni, Alagia y Slokar manifiestan: “la imprudencia, la negligencia y la impericia, se trata de las formas clásicas del derecho romano que, en rigor, pueden reconducirse a las dos primeras, sosteniendo algunos autores que ambas son también reconducibles recíprocamente” (Zaffaroni y otros, 2005, p. 425). No es por ello de extrañar que estos términos hayan sido eliminados de la legislación penal española con la adopción del Código Penal de 1995.

Igual objeción se impone formular a aquellos textos penales cuando junto a estas formas mencionan la “inobservancia de los deberes o reglamentos”. En primer

(10) “Hay que distinguir entre la culpa del profesional, que es imprudencia o negligencia comunes cometidas por el mismo en el ejercicio de la profesión, y la culpa profesional, que es la impericia, ineptitud o ignorancia, es decir, la falta de los conocimientos básicos y elementales propios de su técnica o ciencia (...) (TS, 2ª s 21 Junio 1.974,RJ 2918) (...) la culpa profesional descansa en la impericia, en la ignorancia, al ejecutar un acto profesional, de las exigencias de la *lex artis* (TS 2ª 21 de febrero 1986, RJ 1986, 910)”, como se citó en Gutiérrez Aranguren, s./f., p. 399.

lugar, porque la infracción a normas jurídicas que persiguen la evitación del resultado como realización de un foco de peligro puede estar asociada lo mismo a una conducta negligente, imperita o imprudente en los términos en que se han definido. En segundo lugar, como señalan Zaffaroni, Alagia y Slokar, esta inclusión resuelve muy poco, “porque existen múltiples actividades no reglamentadas y, además, porque no cualquier infracción reglamentaria implica una violación al deber de cuidado como presupuesto esencial de la imprudencia” (Zaffaroni y otros, 2005, p. 428).

V. Reflexiones finales

Responder por los resultados lesivos ocasionados durante el ejercicio profesional se revela como un componente ineludible de la vida social que ha experimentado extraordinario auge en la sociedad contemporánea. Entre las diversas profesiones, una de las que mayor preocupación suscita es la médica, por su directa relación con los bienes jurídicos más preciados del ser humano. Errores y mala praxis que en otros sectores de actividad tal vez no trascienden el ámbito disciplinario, constituyen para el médico una fuente cada vez más pletórica de procesos judiciales que pueden terminar con la inhabilitación profesional y la privación de libertad. En cualquier caso, es indudable que el tema de la imprudencia en el que se subsume la mala praxis médica ha resultado extremadamente polémico y adquiere tintes especiales en la “sociedad de riesgos” hoy “sociedad del riesgo regulado”. Determinar cuando la conducta de un profesional de la salud ha sido imprudente con relevancia penal entraña muchas dificultades, tanto dogmáticas como de prueba.

Me doy cuenta que dejo innumerables puntos polémicos alrededor del tema. El vasto territorio de lo que es controvertido y de lo que es opinable, que aquí se presenta en toda su magnitud, constituye un intento para motivar el debate y con él la controversia, toda vez que el pensamiento creativo es el pensamiento divergente. No obstante, llamo la atención en que cualquier propuesta asociada a la responsabilidad médica debe dirigirse a conjugar, por una parte, la protección de los derechos de los pacientes y, por otra, el respeto a la probidad de los galenos, así como la promoción de mejores condiciones para su ejercicio profesional. En tal sentido, se impone que los cambios que asume el derecho penal en la sociedad contemporánea y que, de forma evidente, nos crean zonas polémicas en los predios de la dogmática, no sean asumidos por los ordenamientos jurídicos sin la realización de profundas reflexiones.

VI. Bibliografía

Amores Agulla, T. y Marrero Quesada, J. A. (2015). Mala praxis médica en el quirófano. *Revista Cubana de Cirugía*, N° 54 (2) (pp. 187-194).

Bacigalupo, E. (1999). *Derecho penal, parte general* (2a edición totalmente renovada y ampliada). Argentina: Editorial Hammurabi SRL.

Benítez Ortúzar, I. y Cruz Blanca, M. (2009). La imprudencia punible en el ámbito de la actividad médico-quirúrgica. En J. M. Suárez López y L. Morillas Cueva, *Estudios Jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios* (pp. 155-199). Madrid: Dykinson.

Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H. (1997). *Lecciones de derecho penal*, vol. I. Madrid: Editorial Trotta.

Cadavid Quintero, A. (1998). La imprudencia profesional en el Código de 1995. En V. Sánchez López (coord.), *Nuevas Cuestiones Penales* (pp. 75-96). Madrid: Colex.

Córdoba Roda, J. (1996). Configuración de la imprudencia en el ámbito sanitario en el nuevo Código penal. *Der. Sad*, 2 (pp. 140-146).

David Tole, H. y Cadavid, N. (2018). Instrumentador quirúrgico: iatrogenia, eventos frecuentes y responsabilidad en el quirófano. *Repertorio de Medicina y Cirugía*, 27(2) (pp. 124-130).

De Larrañaga Monjaraz, P. (1996). *El concepto de responsabilidad en la teoría del derecho contemporánea* (Tesis doctoral). Universidad de Alicante, España. Recuperado de <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/6709/1/Larra%c3%blaga-Monjaraz-Pablo-de.pdf>; <http://hdl.handle.net/10045/6709>

De Larrañaga Monjaraz, P. (2015). La responsabilidad en el derecho: Una aproximación sistémica. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 2 (pp. 1455-1478). México: IIJ-UNAM.

De Vicente Remesal, J. (2000). Criterios jurisprudenciales sobre la imprudencia profesional en el ámbito médico sanitario. *Controversia. Revista Xurídica Xeral, Segunda época* (1) (pp. 91-113).

De Vicente Remesal, J. y Rodríguez Vázquez, V. (2007). El médico ante el Derecho penal: consideraciones sobre la imprudencia profesional, inhabilitación profesional y el trabajo en equipo. En F. Pérez Álvarez (Ed.), *Universitas vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero* (pp. 145-178). Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.

Díez Ripolles, J.; Gracia Martín, L. y Lorenzo Copello, P. (1997). *Comentarios al Código penal. Parte especial*, vol. I. Valencia: Tirant lo Blanch.

Dossier: Mala praxis médica. Selección de jurisprudencia y doctrina (2018). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Sistema Argentino de Información Jurídica. Recuperado de http://www.saij.gob.ar/docs-f/dossier-f/mala_praxis_medica.pdf

Fernández Hierro, J. (1997). *Sistema de responsabilidad médica*. Granada: Comares.

Ferrajoli, L. (1997). Expectativas y garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho. *DOXA*, 20 (pp. 235-278).

Figuroa Rubio, S. y Torres Ortega, I. C. (2018). Dos tesis de H. L. A. Hart sobre responsabilidad y castigo: 50 años después. *Derecho PUCP*, 81 (pp. 9-46). Recuperado de <https://doi.org/https://doi.org/10.18800/derechopucp.201802.001>

Franco, P. (2019). *2019, el año con mayor cantidad de actos procesales en contra de los médicos en Ecuador [Redacción Médica]*. Recuperado de <https://www.redaccionmedica.ec/secciones/profesionales/2019-el-ano-con-mayor-cantidad-de-actos-procesales-en-contra-de-los-medicos-en-ecuador--valer-94214>

Gamboa Montejano, C. y Valdés Robledo, S. (2015). *Responsabilidad de los profesionales de la salud. Marco Teórico Conceptual, Marco Jurídico, Instrumentos Internacionales, Jurisprudencia (Primera Parte)* (No. SAPI-ISS-79-15). México: Cámara de Diputados LXIII Legislatura. Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis. Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SAPI-ISS-79-15.pdf>

García Andrade, J. (1998). *Reflexiones sobre la responsabilidad médica*. Madrid: Edersa.

García Rivas, N. (1999). La imprudencia “profesional”: una especie a extinguir. *RDSoc*, 6 (pp. 79-96).

Gómez Pavón, P. (2004). *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, 2da ed. España: Bosch.

Gómez Rivero, M. del C. (2003). *La responsabilidad penal del médico*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Gratascós Gómez, N. (1997). La imprudencia en el nuevo Código penal. Especial referencia de la imprudencia profesional y la inhabilitación especial para el ejercicio de una profesión, oficio o cargo. *Der.Sad*, 1 (pp. 62-75).

Gutiérrez Aranguren, J. L. (s./f.). La imprudencia profesional. *Lecciones de Derecho Sanitario* (pp. 391-407). Recuperado de <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/10747/CC%2047%20art%2017.pdf?sequence=1>

Guzmán Mejía, J. I. (2018). Ante la mala praxis quirúrgica, ¿trascendencia ética o legal? *Cirujano General*, 40 (1) (pp. 46-53).

Hava García, E. (2001). *La imprudencia médica*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Hava García, E. (2002). *La imprudencia inconsciente*. Granada: Comares.

Jescheck, H. H. y Weigend, T. (2002). *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (M. Olmedo Cardenete, Trad.) (5ta edición, renovada y ampliada). Granada: Colmares.

Koudriavtsev, V. (1988). *Derechos del individuo en la sociedad socialista*. Moscú: Naoka.

Martínez de Navarrete, A. (1995). *Diccionario jurídico básico*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.

Martínez Lazcano, M. (2011). La graduación del deber de cuidado en el delito culposo por actos de mala praxis médica: un análisis dogmático, jurisprudencial y económico. *Polít. crim.*, 6 (12) (pp. 214-251).

Martínez Murillo, S. y Saldívar, S. L. (s./f.). *Medicina Legal*, 17a edición. México, Distrito Federal: Méndez Editores.

Martínez Pérez, O. y Alzate Peralta, L. A. (2019). La responsabilidad legal de los profesionales de la salud: retos y desafíos. *Identidad Bolivariana*, 3 (2) (pp. 1-21).

Méndez López, M. B. (2009). *La responsabilidad civil derivada del delito de las personas naturales* (Tesis doctoral). Universidad de Oriente, Santiago de Cuba.

Méndez López, M. B. y Goite Pierre, M. (2012). La responsabilidad civil derivada del delito de las personas naturales en Cuba. En M. Goyte Pierre (coord.), *Las consecuencias jurídicas derivadas del delito y una mirada a la persona jurídica desde Cuba y España* (pp. 173-276). Valencia: Tirant lo Blanch.

Ministerio de Salud Pública del Ecuador. (s./f.). *MSP explica el art 146 del COIP*. Recuperado de <https://www.salud.gob.ec/msp-explica-el-art-146-del-coip/>

Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal Parte General*, 10a edición actualizada y revisada. Barcelona: Editorial Reppertor.

Molina Fernández, F. (2000). Presupuestos de responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones) y Boletín Oficial del Estado, LIII* (pp. 167-283).

Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2010). *Derecho Penal Parte General*, 8a edición. Valencia: Tirant lo Blanch.

Nino, C. S. (2003). *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed. ampliada y revisada. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Núñez Barbero, R. (1975). *El delito culposo (su estructuración jurídica en la dogmática actual)*. Salamanca: Universidad de Salamanca.

Organización Panamericana de la Salud. (2004). *Aspectos de medicina legal en la práctica diaria: guía para profesionales de servicios públicos de salud*. La Paz: OPS/OMS.

Palencia Núñez, M. R. I. (2017). *Presupuestos para el redimensionamiento teórico del deber objetivo de cuidado en Ecuador* (Tesis doctoral). La Habana: Universidad de La Habana.

Perin, A. (2018). La redefinición de la culpa (imprudencia) penal médica ante el fenómeno de la medicina defensiva. Bases desde una perspectiva comparada. *Polít. crim.*, 13 (26) (pp. 858-903).

Quirós Pérez, R. (2002). *Manual de Derecho Penal*, vol. III. La Habana: Félix Varela.

Rodríguez Vázquez, V. (2012). *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias. Criterios para delimitar la responsabilidad en supuestos de intervención conjunta de los profesionales sanitarios*. Madrid: Marcial Pons.

Romeo Casabona, C. M. (2005). *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*. Granada: Comares.

Romeo Casabona, C. M. (2007). Evolución del tratamiento jurídico-penal de la imprudencia del personal médico-sanitario. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 13 (pp. 211-251).

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (D.-M. Luzón Peña, M. D. y García Conlledo, & J. De Vicente Remesal, Trads.), 2da ed., vol. I. España: Civitas, S. A.

Ruíz Vadillo, E. (1994). La responsabilidad civil y penal de los profesionales de la medicina. *Actualidad Penal*, N° 27 (pp. 499-519).

Sanz Mulas, N. (2014). La responsabilidad penal del personal. En E. Llamas Pombo (dir.), *Estudios sobre responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar* (pp. 291-340). Madrid: La Ley.

Sanz Mulas, N. (2017). Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-05 (pp. 1-35).

Sardinero García, C. (2015). La imprudencia profesional ante la profunda reforma del Código Penal. *Actualidad del Derecho Sanitario*, 226 (pp. 283-293).

Schünemann, B. (1975). Modernas tendencias en la dogmática de los delitos imprudentes y de peligro. *Juristische Arbeitsblätter*.

Silva Sánchez, J. M. (1999). *Medicinas alternativas e imprudencia médica*. Barcelona: José María Bosch Editor.

Terragni, M. A. (2001). *La moderna teoría de la imputación objetiva y la negligencia punible*. Conferencia pronunciada en las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en Homenaje al Dr. Claus Roxin, en la Ciudad de Córdoba (Argentina). Recuperado de <https://www.scribd.com/document/144969274/La-Moderna-Teoria-de-La-Imputacion-Objetiva-y-La-Negligencia-Medica-Punible-Terragni>

Terragni, M. A. (2003). *El delito culposo*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Valdés Díaz, C. del C. (2005). La relación jurídica civil. En C. C. Valdez Díaz (coord.), *Derecho Civil Parte General* (pp. 77-100). La Habana: Editorial Félix Varela.

Vallejo Jiménez, G. A. (2012). *Responsabilidad penal sanitaria: problemas específicos en torno a la imprudencia médica* (Tesis doctoral). León: Universidad de León. Recuperado de https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/2217/tesis_e4242b.pdf?sequence=1

Vargas Alvarado, E. (2012). *Medicina legal*, 4ta ed. México: Editorial Trillas.

Ventas Sastre, R. (2003). *Tratamiento jurídico-penal de las imprudencias sanitarias con resultado de muerte o lesiones en el derecho español*. Recuperado de http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_10/Tratamiento_juridico_penal_de_las_imprudencias_sanitarias_con_resultado_de_muerte.pdf

Vila Morales, D. y Pérez Echeverría, R. (2013). Responsabilidad médica en el derecho médico cubano y otros países. En D. Vila Morales, *Teoría del derecho médico* (pp. 184-242). La Habana: Ciencias Médicas.

Villacampa Estiarte, C. (2003). *Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales*. Pamplona: Aranzadi.

Vodanovic, A. (1995). *Manual de Derecho Civil*, vol. I. Santiago de Chile: Editorial H. T.

Welzel, H. (2004). *El nuevo sistema del derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista* (J. Cerezo Mir, Trad.) (Segunda reimpresión). Buenos Aires: B de F Ltda.

Zaffaroni, E. R.; Alagia, A. y Slokar, A. (2005). *Manual de Derecho Penal: Parte General*, 1ra edición. Buenos Aires: Ediar.

Legislación

Ley 11.179, Código Penal Argentino.

Código Penal de Chile, 1/06/74, modificado por la ley N° 20.074 de 2005.

Código Penal de Colombia, ley N° 600, 24/07/00.

Código penal de España, Ley orgánica 10/1995, Edición actualizada a 28 de julio de 2020. BOE N° 281, 24/11/95. Última modificación: 2 de marzo de 2019.

Código Penal de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial N° 5494 Extraordinario, 20/10/00.

Código Penal de la República de Costa Rica: de 14 de abril de 1998. Consultado en <https://www.oas.org/dil/esp/Codigo-Penal-Costa-Rica.pdf> en fecha 28 de enero de 2018.

Código Penal de la República de Francia, última modificación 15/09/03.

Código Penal de la República de Italia, aprobado por LO 10/1995.

Código Penal de la República del Salvador, decreto N° 1030, 26/04/97.

Código Penal de la República Federal Alemania, 15/04/71.

Código Penal de la República Oriental del Uruguay, aprobado por ley 9.155. Recuperado de http://www.minterior.gub.uy/indices/index_comet.htm

Código Penal de los Estados Unidos Mexicanos, 14/08/31, última reforma 23 de agosto de 2005.

Código Penal de Paraguay, aprobado por ley N° 1160/97. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Paraguay.pdf

Código Penal del Estado Plurinacional de Bolivia, Decreto Supremo N° 0667.

Código Penal y Código de Procedimiento Penal de Bolivia, ley N° 1768, 10/03/97). Recuperado de

http://www.unodc.org/res/cld/document/bol/codigo-penal_html/Bolivia_Codigo_Penal.pdf

Código Orgánico Integral Penal, República de Ecuador, Registro Oficial No 180, 10/08/14. Recuperado de <http://www.ecu911.gob.ec/TransparenciaArchivo/ENERO2015/Anexos%20a2/C%C3%93DIGO%20ORGANICO%20INTEGRAL%20PENAL.pdf>

Fecha de recepción: 30-03-2020

Fecha de aceptación: 28-06-2020

Las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC) y sus efectos en los institutos de participación y representación política

POR **JORGE O. BERCHOLC**(*)

Sumario: I. Introducción.- II. Crisis en el modelo de estratificación social, participación y representación política. Nuevas generaciones de derechos. Fragmentación de las demandas. Movimientos sociales.- III. Participación social y representación política. Una compleja relación secuencial. Expansión de la ciudadanía y nuevos modos participativos.- IV. Las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC) y sus efectos en los institutos de participación y representación política.- V. Nuevos desafíos para los sistemas electorales y de partidos políticos. El rol del Estado y sus agencias.- VI. Bibliografía.

Resumen: el comportamiento electoral de los votantes y las exitosas estrategias electorales en algunos resonantes ejemplos recientes han generado perplejidad sobre los efectos e influencias que las tecnologías digitales pueden generar en los procesos de participación y representación política. El *big data*; los filtros y elecciones por dispositivos de *algoritmos* a través de los cuales se accede a la avalancha de información existente en la red; el avance sobre la *privacidad e intimidad* de estos dispositivos para la obtención de los datos que construyen el *big data*, a través de la propia *huella digital* que los usuarios proveen; los efectos

(*) Doctor en Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Doctor Internacional en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Castilla-La Mancha, España. Prof. Catedrático Titular regular de Teoría del Estado y Prof. de Posgrado y Doctorado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Prof. Catedrático Titular de Sociología Jurídica y de Metodología de la investigación y Prof. de la Maestría en Derecho Administrativo, Universidad Abierta Interamericana, Facultad Derecho y Ciencias Políticas. Prof. visitante e investigador en Universidades e instituciones de Alemania, Brasil, Canadá, España y México.

de fragmentación, interseccionalidades y polarización; los *Catch Each Party*; el fenómeno de *Cambridge Analytica*. Serán analizados en el presente artículo en torno al interrogante: ¿Cómo se relacionan estas novedades tecnológicas con los institutos de participación, representación y los procesos electorales?

Palabras claves: nuevas tecnologías de la información y comunicación - participación y representación política

The information and communication technologies (ICT) and its influences in the political and institutional system

Abstract: *voters' electoral behavior and some resounding recent examples' successful electoral strategies have caused perplexity over the effects and influences that digital technologies can generate in the processes of political participation and representation. The big data; the filters and choices by algorithm devices through which the avalanche of information existing in the network is accessed; the progress on the privacy and intimacy of these devices in gathering the information that builds big data through the personal fingerprint that users provide; the effects of fragmentation, intersectionalities and polarization; the Catch-Each Parties; the Cambridge Analytica phenomenon. How do these technological developments relate to the participation, representation and electoral processes?*

Keywords: *information and communication technology (ICT) - influences in the Political and Institutional System*

I. Introducción

Este artículo examina el impacto de las novedades tecnológicas —TIC— en las categorías conceptuales e institutos que sustentan los procesos democráticos y republicanos. Estas categorías se hallan directamente afectadas y deben ser reconstruidas y redefinidas, nos referimos a: la participación ciudadana, los sujetos colectivos sociales representativos, los institutos de representación política, la libertad de prensa, de participación, de expresión, la garantía de prohibición de censura, el funcionamiento y financiamiento de los partidos políticos, tanto en períodos electorales como interelectorales, entre otros.

Nótese que las instituciones y órganos participativos y representativos y las complejidades, conflictos y tensiones que su operatividad ha generado son pre-existentes a las novedades tecnológicas digitales e informáticas de última generación a las que referimos.

Esos conflictos, tensiones y derechos contradictorios en pugna, ¿han mutado por los influjos tecnológicos? ¿La tecnología ha cambiado los ejes de discusión? ¿O los viejos conflictos y tensiones se vehiculizan y operan con mayor realismo,

dramatismo e intensidad, merced a las *nuevas tecnologías de la información y comunicación* (TIC)? ¿Cómo absorben y operacionalizan las instituciones del Estado de derecho todas las afectaciones generadas sobre la relación secuencial participación-representación, por las novedades enunciadas?

La participación democrática, las libertades para asociarse y peticionar a fin de la consagración de derechos y respuestas a las demandas sociales se correlacionan funcionalmente con las instituciones representativas de esas demandas, ya sean las no competitivas electoralmente o las representativas competitivas electorales, como los partidos políticos. Además, interactúan con la ingeniería y diseño del funcionamiento operativo de esas instituciones, me refiero al conjunto de procedimientos electorales vigentes —sistema electoral— y sus agencias de aplicación —en general los tribunales electorales—.

Y todo este sistema participativo-electoral-representativo y de gestión estatal de políticas públicas, ¿está dando respuestas eficaces a estas novedades?, ¿está preparado para ello, en términos de diseño, para dar respuestas a través de toma de decisiones eficaces e idóneas? ¿Cuenta con los recursos de infraestructura y logística, en el plano material y humano, tanto en cantidad como en idoneidad técnica?

II. Crisis en el modelo de estratificación social, participación y representación política. Nuevas generaciones de derechos. Fragmentación de las demandas. Movimientos sociales

Un modelo de análisis, o mapa teórico-conceptual, útil para desentrañar los efectos de novedades tecnológicas dilemáticas y paradójicas, más los problemas y disfuncionalidades observables que se han acumulado sin respuestas eficaces, requiere deconstruir, describir y redefinir el estadio de categorías y conceptos interrelacionados secuencialmente: *estratificación social-participación-representación política*.

Las novedades en el modelo de estratificación social actual producen sustanciales modificaciones en los modos participativos. La relación dual *incluidos-excluidos*, cualitativamente muy diferente a la estratificación social clasista propia de la modernidad, genera una nueva modalidad de diferenciación social. Ya no se trata de diferencias de clases que, aun así, promovían la inclusión social por las propias necesidades del sistema de producción industrial y sus requerimientos de mano de obra asalariada y de mayor consumo. El dualismo *incluido/excluidos* impone una *estratificación exclusiva (expulsiva)* del sistema para aquellos individuos con escasa calificación laboral y pobre evolución educacional. Quien no acredite capacidades y saberes adquiridos, cada vez más complejos y sofisticados

—profesiones con especializaciones, postgrados y post-doctorados, empleos en el sector servicios, alfabetización informática, dominio de idiomas— verá sumamente comprometida su inserción en el mercado laboral, dados los requerimientos cada vez más exigentes en relación a las capacitaciones de los trabajadores (Bercholz, 2014, pp. 81-82).

Los excluidos quedan fuera del sistema y del circuito productivo carecen de representación corporativa y los partidos políticos solo atinan a ofrecerles y brindarles, en caso de llegar al poder, pobres coberturas asistencialistas de corto plazo y meramente de subsistencia, sin mejorar, sustancialmente, los presupuestos y la calidad del sistema educativo, condenando a generaciones futuras a sufrir el mismo proceso de exclusión y de precarización laboral.

Es un conflicto que ha mutado de la confrontación clásica de la modernidad entre proletarios versus propietarios, de clase trabajadora versus burguesía; al conflicto que diferencia a los socialmente incluidos de los excluidos, una estratificación que diferencia a ciudadanos que se “*desciudadanizan*”, paradójica y contemporáneamente, y a los que gozan de un proceso de “*ciudadanización*” mediante la consagración de nuevas generaciones de derechos, muchos de ellos ya vigentes en la mayoría de las constituciones, en el marco del Estado de derecho. Generación de nuevos derechos que conviven y se suman, al menos formalmente, a los de **1º generación**, los derechos civiles y políticos; y los de **2º generación**, los derechos sociales y económicos.

La consagración de nuevas generaciones de derechos crea los bienes jurídicos denominados de **3º y 4º generación**. Aquellos que se preocupan por garantizar en su fase de **3º generación**: a) diversidad cultural, b) protección del medio ambiente y derecho a un desarrollo sustentable, c) conservación del patrimonio cultural de la humanidad, d) calidad de vida.

Y en su fase de **4º generación**: a) derecho a la información y a su libre circulación, b) derecho a la paz y a la intervención de poder legítimo supranacional en los conflictos armados, c) derecho a crear un Tribunal Internacional en casos de genocidio y crímenes contra la humanidad, d) derecho a un mundo multicultural que respete minorías étnicas, lingüísticas y religiosas, e) derecho a la libre circulación de las personas, f) igualdad en las condiciones de acceso a las nuevas tecnologías y g) derecho a las telecomunicaciones para el ejercicio de la libertad de expresión e información.

A su vez, ya se debate en universidades, institutos de investigación y foros académicos sobre los derechos de **5º y 6º generación**: a) consagración de derechos de las personas no humanas (animales), b) derecho a la libertad informática y al control sobre Internet y redes sociales, c) derecho de acceso a la inteligencia

artificial, d) derecho a la protección contra la inteligencia artificial. Este catálogo amplio y creciente de derechos en expansión, incluidos en las constituciones y, por ello, operativos y exigibles jurídicamente para todos los ciudadanos, se produce contemporáneamente a la pauperización de amplios sectores y colectivos sociales que aún no gozan, con estabilidad y consistencia, de los derechos de 1º y 2º generación. Y esa disfunción ocurre dentro de los mismos Estados, regidos por los mismos sistemas jurídicos e institucionales que abarcan a sujetos colectivos sociales que conviven en disparidad de ejercicio material de esas generaciones de derechos.

La situación de exclusión se profundiza ante la falta de recursos cognitivos de los colectivos sociales excluidos para reinsertarse eficazmente en un mercado laboral, cada vez más exigente y competitivo, en materia de demanda de mano obra sofisticada y preparada para las tareas complejas de los sectores post-industriales de servicios informáticos, financieros y otros emergentes.

Los cambios tecnológicos resultan de una magnitud tal, por su complejidad cualitativa y dinamismo, que rompen con las estructuras de codificación modernas, generando nuevas sintaxis y modelos comunicacionales de representación y construcción simbólica de la realidad, profundizando las dificultades de comprensión de esos procesos de cambio y potenciando así la exclusión también del sistema educativo y comunicacional.

La exclusión deja fuera de juego, fuera del sistema participativo-representativo institucional, a los que carecen de recursos cognitivos aplicables para su inserción en el mercado laboral actual, que requiere cada vez más de altas cualificaciones de competitividad.

Quien no está conceptualizado por tareas laborales demandadas por el mercado carece de estructuras institucionales representativas que reflejen sus intereses, está fuera del sistema, no posee sindicato de pertenencia corporativa que lo represente ni partido político que recoja sus demandas. Y, a pesar de las garantías de igualdad ante la ley, no accede operacionalmente a los derechos y garantías fundamentales de las constituciones de los Estados de derecho, que se transforman entonces, para muchos, en catálogo de ilusiones.

La fatal desaparición de modos productivos y sus oficios y empleos relacionados genera un modelo de estratificación social por *status ocupacionales*. Reflejan la exclusión por falta de capacidades de sofisticación suficiente para responder a las demandas actuales del mercado laboral. Un ejército de desocupados y desempleados con escasas chances de reinsertión.

He aquí un primer perfil de fragmentación o especificidad de demandas, que confronta el sistema político e institucional. Deviene de los sectores marginados y excluidos del sistema que no encuentran canales representativos e institucionales de sus intereses para que se gestionen procesos de toma de decisiones inclusivas. Tampoco encuentran canales de representación electoral competitiva. Son sectores *invisibilizados*, carecen de estructuras representativas, organicidad y programas de demandas. Sus consignas son pre-modernas, piden ser incluidos a través de consignas no confrontativas: “*paz, pan y trabajo*”.

Representan nuevos fenómenos de participación política no institucionalizada. Para obtener la visibilidad que el sistema no provee y traccionar demandas hacia el sistema político-representativo-institucional, confluyen en “movimientos sociales” de organización propia y horizontal que ganan la calle y, con políticas de acción directa (*direct action*), obtienen planes de asistencialismo de los gobiernos centrales.

Este nuevo esquema de estratificación social por *status ocupacionales* solo puede paliarse en forma temporaria y precaria, cíclicamente, por políticas de intervencionismo y asistencialismo estatal. Si no se generan políticas consistentes y duraderas de educación y capacitación, el proceso recomenzará cíclicamente.

Por la vía de estratificación social por *status ocupacionales* sobreviene un cúmulo creciente de demandas con particularidades muy específicas, a las que el sistema participativo-electoral-representativo institucionalizado no responde eficazmente.

III. Participación social y representación política. Una compleja relación secuencial. Expansión de la ciudadanía y nuevos modos participativos

El revés de la trama de la exclusión social, desde la perspectiva de la ya referida consagración de nuevas generaciones de derechos, es la expansión de demandas y requerimientos de los sectores “incluidos” de la sociedad —aunque con matices de mayor o menor organización y representación, lo que da en llamarse procesos de “*sub-representación*” y “*sobre-representación*”—, que reclaman la operatividad de todos los derechos consagrados en las constituciones.

Las instituciones y los partidos políticos, desde ese revés de la trama, están sometidos a tensiones y conflictos provenientes de una avalancha de demandas de sectores que gozan de la expansión de la ciudadanía y que cuentan con niveles relativos consistentes de organización representativa, profesional, e institucionalizada —sindicatos de trabajadores de todos los ramos industriales y de servicios, centrales empresarias y organizaciones de profesionales—, que también demandan, en caso de que los mecanismos institucionales no traccionen con eficacia, a

través de nuevos modos participativos. Aparecen organizaciones no gubernamentales —ONG— de las más variadas especies: ambientalistas, “sin tierra”, reivindicativos de género, indigenistas, minorías culturales, colectivo LGTBIQ+, feministas —y dentro del feminismo sus variadas interseccionalidades—, reivindicativas de cuestiones sociales, antidiscriminatorias, en defensa del multiculturalismo, de derechos del consumidor, etc. Se trata de un escenario de participación cuantitativamente enorme e intenso y cualitativamente variado y fragmentado, que presenta evidentes dificultades para encontrar canales institucionalizados de transmisión, recepción y contención de las demandas que se generan.

En un Estado democrático, el primer eslabón de la participación política de los ciudadanos requiere ser canalizado a través de partidos políticos que contengan y transmitan las demandas de la ciudadanía hacia las instituciones estatales. Sin embargo, otros modos de participación han sido, hace ya bastante tiempo, reivindicados por la doctrina como prodemocráticos, a despecho de algunos lastres históricos que los suponían a contrapelo de las prácticas democráticas.

El caso de la representación corporativa de intereses profesionales, de trabajadores organizados en torno a sindicatos, o de profesionales en torno a colegios de cada profesión y empresarios organizados en cámaras empresariales, ha sido útil para la participación democrática. En particular ante el proceso de cambio en las características de los partidos políticos, en su metamorfosis desde los partidos de masas, al modelo “atrapatodo” (*“catch all party”*) y al “partido mediático”, que predominó en la era de los cambios tecnológicos y comunicacionales y su influencia profunda en la modificación de las conductas y las pautas culturales, sociales, económicas y políticas de la población. La versión mediática del quehacer político partidario tuvo su auge a partir de mediados de la década del noventa. Ahora se articula y entremezcla con los nuevos formatos de gestión política representativa, influenciados por las TIC (*Tecnologías de la información y comunicación*).

Esta compleja descripción de novedades en el cuerpo social muestra un cuadro de alta fragmentación, que implica serias dificultades para canalizar esas demandas —las que resultan a veces contradictorias, a veces excluyentes entre sí— a través de partidos políticos mediatizados que, como tales, asumen la comunicación política vía medios masivos de transmisión de mensajes como una de sus tareas esenciales y que, por ello, deben adquirir las formas comunicacionales que los *mass media* imponen, entre ellas la simplificación y reduccionismo de una realidad compleja y contradictoria y los mensajes ambiguos que, emitidos a un receptor masivo, sumamente heterogéneo y de intereses altamente fragmentados, impide a fines estratégicos la asunción de compromisos explícitos y profundos en sus enunciados discursivos.

Corolario de ello resulta que la activa y dinámica participación popular que presenta una avalancha de demandas diversas y altamente fragmentadas, no encuentra, en el marco de los partidos políticos, un canal institucionalizado eficaz para la transmisión de esas demandas hacia el poder institucional.

No hay carencia de participación o apatía, hay un problema de falta de representación eficaz de las variadas, fragmentadas y desagregadas demandas sociales, que las instituciones representativas —en particular los parlamentos, tanto locales como federales o centrales y el sistema de partidos— no pueden resolver y que tienden a profundizarse, al no reflejar en sus conformaciones y estructuras un fiel correlato sociológico de las distintas dimensiones representacionales de la sociedad (Bercholz, 2014, p. 83).

Además, el modo de realización de la representación, su control, el ámbito de su ejercicio, las características y/o dimensiones representables y el proceso de selección de los individuos que representarán a los titulares de la soberanía política, implican, cada uno por sí, distintos niveles de complejidad y dificultad para una eficaz realización de la teoría.

Su sentido se sostiene en la necesidad operativa de generar un “*como si fuera...*”; una reproducción de determinada situación que no puede materializarse directamente. Esa *re-representación* tiende a simular aquellas condiciones que no pueden ejercerse directamente. Su eficacia estará vinculada a la fidelidad con que logre simular, representar, imitar a aquel objeto del cual se ocupa su lugar.

La representación, la reproducción de un objeto a través de un signo o un sistema de signos —en términos semiológicos—, implica “*simulación*” que, además de *reproducir, representar e imitar*, también puede significar, *fingir, engañar, mentir*.

De esta manera, los distintos signos (en el caso de la representación política simbolizada en las instituciones) que contribuyen a dar significación a un proceso representativo como medio para representar y reproducir objetos, ideas o sujetos colectivos, resultan el arte de la simulación, el medio por el cual, también se puede mentir engañar, fingir o montar una estratagema. “El simulacro, la construcción ficticiamente sustitutiva respecto a la realidad vale como la misma realidad, sobre todo si le es contemporánea o si sus tiempos de aparición están de todos modos estrechamente coligados con los del objeto sustituido” (Bettetini, 1992, pp. 51-53).

La semiología se halla siempre implicada en problemas de simulación, es necesariamente simulación, en el sentido de disciplina que estudia todo lo que se puede usar para reproducir y representar y también para simular en el sentido negativo del término, tendiendo a persuadir a los receptores respecto de significados falsos, interesados o mentirosos. De este modo, la semiología también estudia

todo lo que puede usarse para mentir. Umberto Eco la cataloga como una “Teoría de la mentira” (Eco, 1995, p. 22).

Desde la existencia de sociedades masivas, con heterogeneidad de intereses que conviven en ella y cada vez más extendidas territorialmente en sus límites jurídico-políticos, se ha ido ampliando la necesidad de la representación política y social en el seno de las instituciones de gobierno. Pero esa misma necesidad y las mismas razones que la hacen imperiosa hacen de la teoría de la representación política un ejercicio de alta complejidad a efectos de su eficacia. Cómo materializar fiel y eficientemente la idea de que “el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes (...)”, según reza el artículo 22, primera parte de la Constitución Argentina.

Nos hemos referido ya a la dificultad para la canalización de un cúmulo de demandas e intereses altamente fragmentado y heterogéneo, además de la dificultad en el fiel correlato de los intereses políticos en natural pugna en las complejas sociedades modernas, los que en un Estado de derecho consolidado y con continuidad institucional se dirimirán por las vías institucionales-electorales.

En esa ardua cuestión suelen distinguirse en la doctrina tres modelos de ejercicio de la representación política (Cotta, 1986, p. 1427).

- a) La representación *delegativa*; en este modelo el representante carece de margen de maniobra, de iniciativa y de autonomía. Debe respetar imperativamente los deseos o instrucciones de los representados. Es un modelo que se asemeja al mandato jurídico de un abogado respecto de su cliente.
- b) La representación *fiduciaria*; lo que guía al representante en este modelo es su interpretación del interés de los representados de acuerdo a su percepción. El representado delega en una acción de *fe* la fiel interpretación de sus intereses en el representante, dándole un amplio margen de autonomía para el ejercicio del mandato. El famoso discurso de Edmund Burke a sus electores de Bristol en 1774 describe este modelo, cuando dijo que en el Parlamento él no debía pensar, hablar y decidir según los deseos y la voluntad de ellos, sino de acuerdo a su saber y conciencia y al servicio del bien general.
- c) La representación *sociológica*; este modelo se preocupa más por la fiel representación del conjunto social que de los individuos. Una eficaz representación sociológica reproduce como un espejo las características del cuerpo social en la institución representativa. Este modelo presenta el problema de los complicados correlatos que suelen no reflejarse fielmente en las instituciones, por caso el Parlamento.

Estos modelos son “tipos ideales” al estilo *weberiano*, útiles metodológicamente para elaborar hipótesis contrastables. El “tipo ideal” es una categoría analítica de aproximación, aunque sea parcial, a un conglomerado social complejo a efectos de elaborar hipótesis explicativas y comprensivas del mismo. Por ello, a pesar de no encontrarse estos modelos en sentido puro o estricto, su combinación ayuda a describir el complejo problema multidimensional de la representación.

IV. Las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC) y sus efectos en los institutos de participación y representación política

La paradoja del éxito electoral de Trump, a través de la influencia decisiva en su modalidad de campaña del trabajo de la empresa Cambridge Analytica, se basó en la construcción de perfiles a partir de la información personal de 87 millones de usuarios de Facebook, que no sabían ni autorizaron que sus datos fueran usados a tal fin. Si esto es censurable, ética o legalmente, es otro aspecto de la discusión posible sobre los efectos sociales e institucionales de las TIC, pero lo que aquí quiero plantear es que la combinación de Big Data y su tratamiento de datos masivos y la microlocalización, o microsegmentación, o alta fragmentación de las campañas electorales, pueden generar éxitos políticos y ganar votos suficientes para ello, sorteando incluso complejidades que los propios sistemas electorales proponen.

El sistema de elección indirecta de los EE.UU., por el cual se eligen representantes al colegio electoral, obliga a los candidatos a poner sus esfuerzos en sortear esa dificultad que replica la variable de la dimensión demográfica de cada Estado, pues la distribución de electores iguala el número de miembros de cada delegación congresional: uno por cada miembro de la Cámara de Representantes, más dos por sus senadores.

Pero además, se presenta el desafío de los denominados *swing states*, estados llave o clave, pues su comportamiento electoral es oscilante y pueden arrojar un triunfo demócrata o republicano, a diferencia del resto de los estados que tienen un comportamiento previsible y de fidelidad ostensible a uno u otro partido. Los llamados *swing states* son Colorado, Florida, Iowa, Michigan, Minnesota, Ohio, Nevada, Nuevo Hampshire, Carolina del Norte, Pensilvania, Virginia y Wisconsin.

Trump ganó la presidencia aunque Hillary Clinton lo superó por casi 2,9 millones de votos en los cómputos generales del país. Trump obtuvo la mayoría del Colegio Electoral porque ganó en seis estados decisivos gracias al modo en que hizo su campaña en ellos, a través de las redes sociales. Ganó seis estados que el demócrata Barack Obama había ganado en 2012: Florida, Iowa, Michigan, Ohio, Pensilvania y Wisconsin. Trump no sería presidente en Argentina, en México o en

Brasil, países en donde se elige presidente mediante el sistema de elección directa del candidato.

IV.1. ¿Qué se critica y qué ha generado perplejidad?

Si los partidos políticos tradicionales han girado alrededor de la construcción de programas, ideas que permitían que ciudadanos con intereses variados se organizaran colectivamente, el *big data* es lo opuesto: la atomización, la división en grupos de intereses específicos al punto de un modelo personalizado. “Si cada quien recibe un mensaje personalizado, no hay debate público común: sólo millones de debates privados” (Bartlett, 2018).

Pero se podría argumentar en el sentido contrario. Durante décadas se ha criticado a la comunicación de masas y a sus vehículos, los medios de comunicación masiva, por: reduccionista, simplificadora, masificadora —en el sentido de dirigir un mensaje homogéneo a un auditorio heterogéneo en múltiples niveles—, de emisión fragmentada y videoclíptica, manipuladora, etc. (Bercholc, 2015, pp. 46-66).

Ahora la comunicación política es personalizada a través de las redes y por el *Catch Each party*. Pero lo nuevo, positivo o negativo, de ese formato de partido y de comunicación política ya se percibía desde décadas atrás, en todo caso las TIC refuerzan dramáticamente esas tendencias.

El uso de estos dispositivos pone en cuestión las funciones y eficacia de la democracia representativa. El espacio de lo político se reduce y los márgenes para el ejercicio de liderazgo se comprimen. El ciudadano digital es esencialmente un ser individual. Es el sujeto de una dinámica de fragmentación, microsegmentación social que reconstruye el sentido de lo público y las ideas en torno a consensos sobre intereses colectivos, fragmentando el espacio de participación política. La segmentación de lo público favorece la asociación de voluntades en torno de objetivos parciales. Así, lo público se aleja de lo común, general y colectivo, espacio siempre difícil de identificar, y las prioridades se sitúan en el plano de lo grupal y específico. Este giro en relación a demandas específicas relacionadas a reclamos grupales y segmentados da a lugar a respuestas específicas y desagregadas de gestión estatal; una racionalidad de gestión vinculada a los conceptos de *politics*, políticas públicas y administración gerencialista del Estado. En términos de Durkheim, vinculaciones microscópicas revitalizadoras de un tejido social heterogéneo, preexistente al *Big Data*. (Bercholc, 2012, pp. 247-251 y 465-468).

La sociedad aparece cada vez más segmentada por los consumos o los estilos de vida que por una condición de clase o una posición política. La autopercepción

de los sujetos modernos, sobre todo en el siglo XXI, se ha fragmentado hasta un punto de difícil retorno: lo saben quienes usan el marketing para llegar con mensajes específicos a sus potenciales clientes. Entonces, ¿cómo se seduce a ciudadanos acostumbrados a mensajes que los invitan a ser diferentes del resto? ¿Cómo sumarlos a un proyecto común? ¿Hay que obligarlos a posicionarse políticamente acerca de temas claves o aceptar hablar sobre los temas que les interesan? (Maganani, 2017).

Además, la consagración de nuevas generaciones de derechos en las constituciones, como ya se trató en este trabajo, genera pertenencias, interseccionalidades y roles microscópicos, inescrutables para conceptos macroscópicos que se presentan ineficaces y de descripción social anacrónica y disfuncional. Por ejemplo, el bien común, la voluntad general o colectiva. “La fragmentación social se extiende ya que las identidades se vuelven más específicas y aumenta la dificultad de compartirlas” (Castells, 1997).

En las redes sociales, los mensajes se acomodan a los gustos de cada usuario. Las nuevas formas de comunicación filtradas por algoritmos generan un desafío a la política. ¿Los candidatos deberían decirle a cada uno lo que quiere escuchar? La experiencia de la última campaña presidencial en Estados Unidos muestra el potencial de dirigir mensajes específicos a los votantes para acceder al poder, aunque a la hora de gobernar se pueden enfrentar serios problemas de legitimidad y orden político cuando ese cúmulo de promesas electorales específicas muy desagregadas deba ser correspondido.

V. Nuevos desafíos para los sistemas electorales y de partidos políticos. El rol del Estado y sus agencias

El Estado posee, en bruto, una enorme cantidad de información dispersa y no sistematizada. Debería comenzar con urgencia a trabajar en el almacenamiento ordenado de los datos que posee, a fin del diseño de políticas públicas guiadas por la inteligencia artificial (IA) y poner esa información, que es pública, a disposición de la sociedad, lo que se llama *Open Data*. También se están estipulando las ideas en torno al gobierno electrónico o abierto.

El Estado debe destinar recursos para igualar el acceso al *Big Data*, superar la brecha digital y diseñar políticas públicas eficaces dirigidas a la solución de problemas concretos, sistematizando la información que le permita identificar esos problemas, sus características, su delimitación espacio-temporal y las mejores opciones para resolver.

También, para las ciencias sociales, las TIC imponen enormes desafíos y responsabilidades. Pues, para las ciencias sociales, la huella digital y la cantidad de

datos que se generan y que permiten ser ordenados y sistematizados a través de los recursos de la IA y los sistemas algorítmicos implica lo que el microscopio fue para la biología o el telescopio para la astronomía. Ahora no hay excusas, ni “ciencias blandas y duras”, ahora, con los recursos técnicos que permiten generar bases de datos se puede medir y predecir. Para bien o para mal, paradójicamente el Estado debe asumir su función de reglamentación y debe sistematizar la información de lo que producen sus agencias (Hilbert, 2017).

Las TIC por un lado y el Estado de derecho democrático y las agencias estatales destinadas a la aplicación operativa (tecnológica) de sus funciones por otro, implican dos grandes modelos de conocimiento operativo, tecnológicamente confrontados. Son productos de épocas completamente diferentes y funcionan según distintas reglas y principios propios, de compleja articulación y armonización. El engranaje de la democracia se construyó en la era de los estados nacionales, las fronteras y límites políticos y geográficos, las jerarquías del orden burocrático y las economías industrializadas. Las características fundamentales de la tecnología digital van en contra de este modelo: es no-geográfica, descentralizada, impulsada por datos, sujeta a los efectos de red y el crecimiento exponencial (Bartlett 2018).

El proceso electoral enfrenta nuevos y complejos desafíos:

A) ¿Son las agencias judiciales las más adecuadas para decidir cuestiones que tienen directa relación con el diseño institucional del proceso electoral y con el funcionamiento de los partidos políticos en su accionar de campaña y durante los períodos inter-electorales?

B) Debe plantearse en la sociedad la discusión sobre **la necesidad de la actividad política y la extensión temporal de la acción política de los partidos que debe respaldar financieramente el Estado**. No solo la extensión y el gasto permitido en los procesos electorales. Se debe tomar conciencia que política se hace las 24 horas del día de los 365 días del año. En todo momento se están generando conflictos y respuestas a ellos a través de la acción política. Si los partidos desaparecen en los periodos inter-electorales, dado que adquieren un perfil profesionalista y electoralista, habrá que examinar ¿cómo se resuelve la compleja relación secuencial: participación-representación de demandas y canalización de conflictos, cuando la representación se halla en crisis? Problema que se replica cuando a la secuencia se le agregan los procesos electorales. La fragmentación cualitativa de demandas exponencialmente aumentada por las TIC, más la avalancha cuantitativa, pone en entredicho la representación de esa vastedad participativa; si no se optimiza la prestación estatal, ¿quién se hará cargo de las demandas sociales?

C) Vinculado a lo anterior, debe discutirse el cómo, el por qué y el quantum del **financiamiento de la actividad política**. Una vez más, no solamente el de las

campañas electorales y su duración. No solo se trata de reducirlas a 30 o 60 días y de disponer controles sobre la procedencia de fondos y sobre las aplicaciones del presupuesto estatal para las campañas. La discusión debe ser estructural, de modo de dotar de nuevos consensos a la actividad política y a las organizaciones representativas, tanto las competitivas electoralmente, como las que pueden complementar la representación en períodos inter-electorales.

D) Establecer **mecanismos de debate y reflexión** sobre conflictos y soluciones propuestas por los candidatos electorales. Se deben desmontar los debates en forma de espectáculos mediáticos inconducentes. Se debe obligar a los espacios competidores a expresiones más sustanciales de sus proyectos. **Los montajes televisivos o a través de medios digitales someten al personal político y a los partidos políticos a su propia lógica estructural.** Una lógica de plena transparencia y visibilidad, sin privacidad. Es la lógica de las interacciones en red. La búsqueda de transparencia es una premisa que se la ha impuesto el ciudadano digital, pero que genera contradicciones, pues afecta la toma de decisiones. La excesiva exposición y las chances de reconstrucción y edición de hechos y discursos hace temer consecuencias y genera una natural respuesta especulativa a las posibilidades de publicidad extrema, descontextualizada y desconceptualizada que, paradójicamente, produce enunciados y acciones ambiguos, difusos y opacos. “El imperativo de la transparencia sirve sobre todo para desnudar a los políticos, para desenmascararlos, para convertirlos en objeto de escándalo. La reivindicación de la transparencia presupone un espectador que se escandaliza” (Han, 2014, p. 11). Esta cuestión se relaciona estrechamente con la ya tratada crisis de la representación. La excesiva visibilidad complica la eficiencia de la relación secuencial *participación-proceso electoral-representación política* institucionalizada. Avanza desde una vigilancia pasiva hacia un control activo. El *big data* es un instrumento *psicopolítico* eficiente que permite adquirir un conocimiento integral de la dinámica inherente a la sociedad de la comunicación (Han, 2014, p. 39). Se trata de un conocimiento que debilita y condiciona las acciones de los actores del proceso electoral.

En la Argentina, la ley 27.337 modificó el Código Electoral Nacional e impuso y reguló el debate presidencial, obligatorio, a partir de 2016. La primera edición de esta modalidad se desarrolló en la reciente elección presidencial. Los objetivos tienen, según se lee en la web de la Cámara Nacional Electoral, que es a su vez la autoridad de aplicación: “(...) la finalidad de dar a conocer y debatir ante el electorado las plataformas electorales de los partidos, frentes o agrupaciones políticas. El debate presidencial es un derecho de la ciudadanía que permite conocer en un mismo momento y en un mismo lugar las propuestas de aquellos que aspiran a ocupar la presidencia de la Nación”.

Buenas intenciones que no producen los efectos deseados por incapacidad técnica para armonizar los fines con los medios utilizados para ello. Los debates quedan sujetos a la lógica de la espectacularidad televisiva y su impronta de brevedad y videoclip (Bercholc, 2015, pp. 46-66). Un modo comunicacional altamente fragmentado que impone, por las necesidades del medio, resolver propuestas y contrapuntos de temas complejos en lapsos absurdamente breves, que solo permiten consignas, slogans, frases panfletarias. Formato que alienta la polarización y las denominadas “grietas”. Solo se puede obtener, como valor agregado ciudadano, detectar cuál es el candidato más hábil para manejarse en un estudio televisivo o teatro montado a tal fin. Ideas, programas, equipos, nada de ello se puede visualizar en ese formato.

E) **Control de las encuestas preelectorales** a través de una agencia técnica idónea, para evitar sus injerencias como herramienta de *fake news*, disimuladas bajo el eufemismo de encuestas rigurosamente diseñadas.

En la Argentina, por la Ley 26.215 (modificada por ley 27.504, B.O. 31/05/19) se regula el funcionamiento de esta actividad por ante la Cámara Nacional Electoral, que actúa, una vez más, como órgano de aplicación administrativo de control. La ley dispone la creación de un Registro de Empresas de Encuestas y Sondeos de Opinión, que deben cumplir un registro formal de inscripción. También deben cumplir con limitaciones temporales de publicidad de sus trabajos previo al acto electoral y, lo más conflictivo, acompañar ficha técnica con las determinaciones metodológicas del trabajo elaborado, Además del monto de la contratación y los datos de quien contrata el servicio.

Se observa, en el registro disponible en la web del órgano judicial de aplicación (Recuperado de <https://old.pjn.gov.ar/cne/sistemaencuestas/publico.php>), que las fichas no solo carecen de detalle, si no que las especificaciones técnicas de las metodologías de trabajo utilizadas son precarias y contienen severas y elementales deficiencias técnicas, por el incongruente tamaño de las muestras en relación al universo atribuido, por la utilización de técnicas y herramientas, instrumentos y mecanismos falibles y no científicos (se cita en las fichas, por ejemplo, Encuestas telefónicas Cati y Online, sistema IVR, Encuesta telefónica coincidental).

Casi una confesión de propia torpeza e incumplimiento de la exigencia de científicidad de la ley. Todo ello, informado en la web del órgano judicial de aplicación. Más escandaloso aun cuando se ha verificado, en las dos vueltas electorales recientes en la Argentina (las primarias abiertas y la elección general), que los yerros de los resultados previstos fueron ridículamente inexactos.

Entiéndase, la encuesta técnico-científica es una herramienta para la generación de conocimiento científico de primer orden en las ciencias sociales. Pero

tiene rigurosos cánones que cumplir para ser reconocida como tal. El caso comentado refleja un serio acto fallido estatal. *Fake news* bajo el eufemismo de encuestas con control estatal, publicados en medios y redes que generaron una serie de efectos políticos complejos.

F) Con el mismo criterio del punto anterior, debería diseñarse algún tipo de control sobre *bots*, *trolls* y otros *influencers* utilizados para influir engañosamente a la denominada opinión pública.

Internet y las redes sociales ofrecen un nuevo campo de batalla para la manipulación subrepticia de la opinión público-política, en especial durante los procesos electorales. Aún los países más avanzados en tecnología no pueden proteger la integridad del proceso electoral, ¿qué decir de los desafíos que enfrentan los países con menos desarrollo técnico?

No obstante ello, las redes sociales no son el primer caso de una revolución de las comunicaciones que haya planteado desafíos a los sistemas políticos. La imprenta, la radio y la televisión fueron revolucionarias en su momento. Resultará tarea difícil hacer cumplir las normas que puedan imponerse, ya que la mayor parte de los datos se almacenan y administran fuera de jurisdicciones específicas. Asimismo, se deberán enfrentar las preocupaciones que los intentos por contener los excesos generarán en relación al derecho fundamental a la libertad de expresión.

En la Argentina se ha vivido un hecho paradójico y significativo al respecto, en ocasión de la sanción de la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual y en el conflicto entre el gobierno de Cristina Kirchner y el grupo Clarín. El grupo Clarín, afectado por las disposiciones de la ley que buscaban la desmonopolización y desconcentración de las empresas multimedia, judicializó el caso y logró, durante lo que quedaba del mandato de la expresidente, mediante medidas cautelares y otros recursos procesales, evitar el efectivo funcionamiento de la norma.

Pero lo que quiero destacar aquí, en relación a la redefinición de la garantía básica de la libertad de expresión, son los elípticos argumentos esgrimidos para sostener la idea de que la libertad de expresión solo puede ejecutarse en plenitud si se permite el desarrollo de empresas concentradas y monopólicas.

El debate giraba en torno al planteo de inconstitucionalidad de los artículos 41, 45, 48 2º párrafo y 161 de la ley. El Grupo Clarín cuestionaba aspectos que limitaban la acumulación de licencias de televisión por aire y por cable y que obligaban a la desinversión, en consecuencia, de aquellos grupos económicos que se hallaran más allá de esas limitaciones.

Los argumentos de Clarín sostenían que las economías de escala y de integración vertical que implican concentrar la producción de contenidos y de emisión de los mismos, generan mejoras y beneficios en el costo final de los productos, que redundan en beneficios para el consumidor. Ello es interesante desde la perspectiva de un nuevo sujeto soberano, el sujeto colectivo social de consumidores. Además se argumentó que la irracionalidad económica de estas limitaciones impide la competitividad y las imperiosas e importantes inversiones que permitan incorporar los avances de última generación tecnológica en beneficio de los consumidores. Luego, se presentaban argumentos de lógica patrimonial que se relacionan con inversiones y el lucro cesante que se generaría, dados los acortamientos de los plazos de licencias concedidas pocos años antes de la sanción de la ley.

Esta postura de la empresa paralizó la plena aplicación de la ley por más de cuatro años, durante los cuales el Grupo Clarín logró evitar su propia adecuación a los artículos 41, 45, 48 y 161, manteniendo en el ínterin la posesión de la totalidad de sus licencias de medios de comunicación.

El argumento sobre la inconstitucionalidad del artículo 45 es notable por lo paradójico, contradictorio y polémico, al pretender instaurar en los hechos un nuevo paradigma de libertad de expresión y de prensa. Estas libertades se verían violadas al habilitar la ley una multiplicidad de licencias que desbaratan la sustentabilidad operativa y económica de la empresa. Paradójicamente, la concentración monopólica fue presentada como condición *sine qua non* para garantizar la libertad de expresión de los consumidores, entendida en esta versión actualizada e imaginativa como la herramienta que permite hacer las inversiones para entregar al exciudadano, ahora consumidor, un producto tecnológico de última generación que le permita ejercer, en forma y de acuerdo a los cánones actuales de exigencia técnica, ese derecho fundamental.

La concentración monopólica o la convergencia telemática, el revés de su trama, son la garantía de libertad de expresión del ciudadano devenido consumidor.

Paradojas y eufemismos inescrutables, efectos de las TIC sobre el sistema jurídico.

VI. Bibliografía

Bartlett, J. (2018). *The People vs Tech: How the Internet Is Killing Democracy (and How We Save It)*. Amazon Digital Services, LLC.

Bercholc, J. O. y Bercholc, D. (2012). *Los discursos presidenciales en la Argentina democrática, 1983-2011*. Buenos Aires: Lajouane.

Bercholz, J. O. (2014). *Temas de teoría del Estado*. Buenos Aires: Thomson Reuters - La Ley.

Bercholz, J. O. (2015). *Opinión pública y democracia. Influencia y efectos de los medios de comunicación masiva en los comportamientos sociales, en el Poder Judicial y en el sistema político e institucional*. Buenos Aires: Lajouane.

Bettetini, G. (1992). Por un establecimiento semio-pragmático del concepto de simulación. En A. Vachieri (coord.), *El medio es la TV* (pp. 43-56). Buenos Aires: Ediciones La Marca.

Castells, M. (1997). *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, vol. 3. Madrid: Alianza.

Cotta, M. (1986). Representación política. En N. Bobbio y N. Matteucci (coords.), *Diccionario de Política*, T. II (pp. 1427 y ss.). México: Siglo Veintiuno.

Durkheim, E. (1982). *La división del trabajo social*. Madrid: Akal Universitaria

Eco, U. (1995). *Tratado de Semiótica General*, 5ta ed. Barcelona: Lumen.

Girardi, E. (2019). Digitalización, política e inteligencia artificial ¿Qué futuro podemos esperar? *Revista Nueva Sociedad*, N° 283.

Google (2018). Recuperado de <https://www.google.com/search?q=The+Cleaners&oq=The+Cleaners&aqs=chrome..69i57j69i59j0j69i60l3.1442j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8> [Fecha de consulta: 10/11/19].

Han, B. C. (2014). *Psicopolítica*. Barcelona: Herder.

Hilbert, M. (2017). *Big Data y democracia, amenazas y oportunidades*. Chile: Conferencia congreso de Valparaíso. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=FK4wB0tY8hI> [Fecha de consulta: 09/11/19].

Hilbert, M. (2017). *Entrevista en Semanario The Clinic*, Chile. Recuperado de <https://www.theclinic.cl/2017/01/19/martin-hilbert-experto-redes-digitales-obama-trump-usaron-big-data-lavar-cerebros/> [Fecha de consulta: 09/11/19].

Kirchheimer, O. (1989). El camino hacia el partido de todo el mundo. En K. Lenk y F. Neumann, *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos* (pp. 331 y ss). Barcelona: Anagrama.

Lobo, S. (2017). Cómo influyen las redes sociales en las elecciones. *Revista Nueva Sociedad*, N° 269. Recuperado de www.nuso.org

Magnani, E. (2017). «Big data» y política. El poder de los algoritmos. *Revista Nueva Sociedad*, N° 269. Recuperado de <https://nuso.org/articulo/big-data-y-politica/> [Fecha de consulta: 03/11/19].

Malaspina, L. (2018). *La democracia de Google, Facebook y YouTube. Apuntes sobre el sesgo ideológico de los motores de búsqueda*. Recuperado de <https://nuso.org/articulo/la-democracia-de-google-facebook-y-youtube/> [Fecha de consulta: 02/11/19].

Oppo, A. (1986). Partidos Políticos. En N. Bobbio y N. Matteucci (coords.), *Diccionario de Política*, T. II (pp. 1186 y ss). México: Siglo Veintiuno.

Panbianco, A. (1990). *Modelos de Partidos*. Madrid: Alianza.

Fecha de recepción: 08-03-2020

Fecha de aceptación: 09-06-2020

Estado-Nación y Estado de derecho internacional: del análisis conceptual al estudio de los artefactos jurídico-políticos

POR **CLAUDIO CONTRERAS**(*)

Sumario: I. Introducción: la Nación y el Estado como problemas históricos. El problema de la Nación en el siglo XIX: de Sieyes a Renán. La transformación del concepto en Ratzel.- II. La Nación en la teoría colonialista de Ratzel y Kjellen.- III. La irrupción de lo humano en el derecho internacional: la discusión de Schmitt-Kojève con respecto a la “toma” y del “don” como operación fundadora del derecho planetario.- IV. La disputa entre los teóricos de la negatividad: de la federación mundial y el Estado universal homogéneo, a la administración económica internacional y el Imperio Latino.- V. Conclusión: el paso de la Nación al ser humano como objeto de intervención entre Estados.- VI. Bibliografía.

Resumen: la historia conceptual formuló, de modo recurrente, la transformación del concepto de nación a través del siglo XIX. Mientras que para Sieyes la nación es un substrato que se desarrolla a través de elementos deslindables (clase, idioma, etnia, territorio etc.), para Renán la nación va a ser el efecto de una convergencia histórica entre colectividades diversas por medio de una decisión. Para entender la relevancia de esta transformación no es posible quedarse en un nivel meramente conceptual: es preciso analizar las transformaciones de la “nación” como un *campo de aplicación* en la formación de la constitución del Estado y su “potencia”, así como un *instrumento* en las relaciones inter-estatales del derecho internacional.

(*) Abogado, Universidad Nacional de La Plata. Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de la Plata. Prof. Titular Derecho Político, Universidad del Salvador y Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires (UNNOBA).

Palabras claves: nación - derecho internacional - potencia - realismo - idealismo

State and nation: from the conceptual analysis to the study of the political field and the law's instruments

Abstract: *the constitutional history has proposed that there is a radical transformation on the concept of nation around the XIX century. On one side, Joseph Sieyes has said that the nation is a subject whose development can be defined whit a collection of attributes (language, territory, class, etc.). But, on the other side, for Renán, the nation is a kind of effect, who can be inducted from the coincidence of different collectivities, and whose unity is defined by a political decision. For the understanding on the relevance of the transformation who has suffered the notion of nation from the beginnings to the end of the XIX century, it is not satisfactory the conceptual analysis: the nation must be analyzed in terms of an application field and of an instrument of the State development between his "puissance" and the parameters of the international law.*

Keywords: *nation - international law - power - realism - idealism*

I. Introducción: la Nación y el Estado como problemas históricos. El problema de la Nación en el siglo XIX: de Sieyes a Renán. La transformación del concepto en Ratzel

El derecho político moderno planteó el problema de la "nación" como un conjunto de grupos coincidentes en un espacio territorial identificable bajo distintas condiciones. Las declaraciones de derechos, las actas, etc. que precedieron a las revoluciones burguesas pusieron a la nación como el principio de autodeterminación de los pueblos. El abate Sieyes, en su escrito polémico de 1789 *¿Qué es el tercer Estado?* trata de formular por primera vez un concepto claro de la nación en sentido político de unidad de autodeterminación. Casi un siglo después, en 1882, otro polemista político, Ernst Renán, en su conferencia *¿Qué es una nación?* planteó por primera vez la paradoja que hay subyacente al problema de la "nación" como núcleo constituyente para la formación de un Estado: la nación no se refiere a ninguno de los elementos que conciernen a pueblos diversos, ni el idioma, ni la raza, ni el territorio, etc., sino a la coincidencia "espiritual" de tales grupos en una historia común. Para los tratadistas constitucionales, como Sieyes, se concebía que una población constituida en unidad étnico-cultural habitando una unidad geográfica era una nación (Sieyes, 2000, p. 79). Para Renán, la nación resulta de la unión estrecha de un grupo de hombres en un destino espiritual través de su historia. Renán no pretendía, por otro lado, negar la existencia de la nación, pero sostenía que su unidad histórica tenía que ser tomada como supuesto. El objetivo de este análisis, en primer lugar, va a estar en determinar qué transformaciones dieron lugar a que se modificara el concepto general de la nación en el siglo XIX:

no vamos a enfocarnos, sin embargo, en las teorías generales de la nación como concepto, sino en el uso de la nación, la nacionalidad, la nacionalización, como instrumentos operativos del derecho público del Estado. Esto tiene su relevancia especial a la hora de entender el modo en que los “nacionalismos” del siglo XIX llegaron a derivar en conflictos internacionales de la primera mitad del siglo veinte, pero, también, para comprender el modo en que se vienen a entender las fuentes de la estatalidad contemporánea.

II. La Nación en la teoría colonialista de Ratzel y Kjellen

Con Ratzel la nación es referida a un campo de intervención denominado *Lebensraum*. Este había sido definido con respecto a la *Kolonialpolitik* de la Alemania precedente a la primera guerra; una disputa entre Ratzel y Durkheim define en cierta medida las dificultosas distinciones entre el análisis sociológico de la vida y el análisis geográfico colonialista. Los análisis de Ratzel son retomados por Rudolph Kjellen, pero esta vez son aplicados a una “geopolítica” que abarca los aspectos geográficos, y por una biopolítica que abarca los aspectos sociológicos del análisis. Esto permite integrar los conceptos de *Umwelt* y *Lebensraum*, en principio escindidos, pero también abandonar una escisión radical entre los análisis de los pueblos “primitivos” como diversos de las sociedades “civilizadas”. Abandono de una distinción que, paradójicamente, no traspasa los términos de la civilización al análisis primitivo, sino que, inversamente, traspasa al análisis de la civilización los términos del primitivismo. Dichos desplazamientos nos permiten comprender el carácter referente de estos conceptos a un campo de intervención: de la política colonial pasamos a la política social a través de un mismo referente procesual, de procedimientos diversos. No se trata entonces de una *Weltanschauung*, como analizaban frecuentemente Dizenhaus y Schlink, sino de un campo de intervención que teniendo antecedentes en la política colonial se traspasa a las operaciones directas de la administración gubernamental con el fascismo.

A partir de esta distinción que define a lo social como un espacio vital que es campo de intervención administrativa por mecanismos de seguridad, pudimos entender porque se volvía del todo insuficiente el oponerle a la misma un Estado social del derecho que definiera un campo de sujeción constitucional a través de los derechos sociales; para que el reconocimiento de derechos sociales se volviera efectivo este también suponía un campo de intervención al nivel de la administración, al cual, sin embargo, vacilaba en definir, bajo la exigencia de determinar una unidad supra-estatal. La debilidad de la social-democracia frente a la irrupción del fascismo no concierne a la oposición de una *Weltanschauung* “progresista” frente a una cosmovisión “vitalista”, tal como suele oponerse en la historia conceptual el “iluminismo” al “romanticismo”. Se trata de que la referencia a lo social delimita, por un lado, un campo de sujeción determinado por los “derechos sociales” y, por

otro, un campo de intervención determinado por las “necesidades vitales”, entre los cuales, si bien no hay una oposición directa, tampoco es posible una solución de continuidad procedimental.

La oposición, en cierta medida, deja ver el problema de que, en ambos casos, es la unidad estatal la que es puesta en cuestión: a la administración del espacio vital no le corresponde, en su principio, un campo de intervención restringido a la sociedad civil, sino a una geopolítica que en vez de extenderse de las metrópolis a las colonias comprende la expansión del Estado total a la conquista de la tierra, es decir, la reactivación del imperialismo. El Estado totalitario nazi pondrá en operación tal a partir de una política racista de eugenesia cuyo aparato exclusionario supone la esterilización y segregación de los grupos denominados “degenerativos” por medio de la expulsión, el encierro y, en último término, del exterminio.

Del otro lado, concerniente al problema de los derechos sociales, lo que se exige es más bien una unificación al nivel de la clase social obrera que no se vea restringida a la unidad del ciudadano perteneciente a la sociedad civil. A diferencia del fascismo, esto es puesto en operación al extremo por el dirigismo y el planismo en términos de un aparato inverso que podemos llamar “defensivo”. En otros términos, en Francia, Inglaterra y Estados Unidos, la defensa, sea de la república, de la democracia o del parlamento, operan el aparato dirigista y planista de subvención de la guerra a partir de una contra-propaganda que se basa en el discurso de la defensa contra los aparatos totalitarios, a partir de la cual, sin embargo, justifican la imposición de deberes sociales y de solidaridad en vistas de poner en operación los programas de guerra.

La oposición del denominado Estado de derecho como “régimen de la ley”, que viene a proponer el neoliberalismo desde Hayek, entonces, se puede comprender de forma directa como una tentativa de reducir una escisión tal nuevamente a la formación del *Rechtsstaat*. Para que esto tuviera eficacia, sin embargo, no sería posible simplemente restituyendo las formas antecedentes, sea del *Rule of law* inglés, basado en los hábitos y las normas consuetudinarias, sea del *Etat de droit* francés, basado en la articulación entre las leyes y las disposiciones, o del *Rechtsstaat* de Weimar entre los derechos constitucionales y las operaciones de la administración. Era preciso, en cambio, generar como correlato del establecimiento de una libre concurrencia los medios legales coactivos que determinarían la previsión de las conductas que permitieran, en un gobierno singular, un régimen de ley a través del cual se pudiera alcanzar (o no alcanzar) del mismo modo el provecho con respecto a los fines individuales.

La adopción de tal régimen en Alemania Federal (antes que en Francia o Inglaterra) puede verse, entonces, con claridad; mientras que la división de Alemania se había determinado a partir de la ocupación, la unidad a partir de la cual era

pensado el desarrollo era una unidad económica, es decir, aquella de la libre concurrencia, solo desde allí sería determinable una constitución soberana. Ahora bien, si esto es así, entonces el Estado de derecho no es una unidad que articula una constitución soberana frente a una administración; concierne, más bien, al aparato legal —la constitución federal— que viene a determinar los medios para los cuales los fines de la libre concurrencia se determinan de forma singular. Como se ve, el Estado de derecho es el régimen de una ley, determinada de forma “universal” por una coerción externa, que viene a asegurar el funcionamiento de una libre concurrencia adaptado a la singularidad de las exigencias del gobierno en cuestión. En otros términos, inversamente al Estado total, que se basa en la soberanía de la autoridad conductora que es la decisión final y en la administración de las necesidades vitales del *Lebensraum*, que es el “medio”, en la *Vitalpolitik* del Estado de derecho neoliberal la intervención legal opera al nivel coercitivo sobre las conductas, que son medios, lo cual permite al particular alcanzar sus fines o provechos singulares del *Umwelt*, es decir, del ambiente

La dependencia individual de factores extraindividuales se solapaba por el hecho de la entonces todavía existente economía de la libre circulación (*freie Verkehrswirtschaft*) que desconocía del paro estructural y que satisfacía sin dificultades la necesidades de suministro (...). Pero al quedar estrangulada la economía del libre mercado por la Primera Guerra mundial, al desaparecer el dualismo entre estado y sociedad (...) fue labor del estado acometer la satisfacción de las necesidades individuales (Forsthoff, 1958, p. 216).

El problema que gira en torno a los análisis del *Umwelt* y del *Lebensraum* como procedentes de la política colonial nos permite referir un problema: estos excluyen un campo de sujeción y se refieren a una especie de campo de intervención “puro” e “inmediato”, sino mediación de una relación entre sujetos, precisamente porque apuntan a la esfera de la vida como algo dado de forma directa. Sin embargo, hay que notar que, en la política colonial, se trata de la vida como un objeto de administración indirecta de los imperialismos; será su pasaje a la esfera soberana, con los denominados totalitarismos de Estado, los que lleven esta relación con la vida al lugar de la decisión soberana que Agamben denominó como “vida desnuda”. Con respecto a ello podemos considerar una precisión: la característica de los totalitarismos, sin embargo, es establecer un punto de indistinción entre la decisión soberana por parte de un jefe autoritario sobre la vida y la muerte, y la ejecución de tales órdenes por parte del administrador. La relación “directa” de la intervención sobre la vida no solo va del soberano hacia la vida que es intervenida, va también de la autoridad y del ejecutor que la acata de forma inmediata. De allí que el problema de la “biopolítica” siga presente en los análisis de Forsthoff y de Hayek con respecto al Estado de derecho y su estatuto en la postguerra. Aunque el

Estado de derecho hubiera reducido y suprimido a la autoridad soberana suplantándola por una nueva legalidad, del otro lado se encuentra la vida misma como campo de intervención determinado por un *Umwelt* o un *Lebensraum*. Resta por cuestionarse, con respecto a ello, ¿qué puede significar en esta relación la “revolución legal” que viene del lado del Estado de derecho y cuál es el estatuto de su campo de sujeción, dado que el mismo ya no puede remitirse ni al poder soberano como garante de la protección de los derechos subjetivos? Pero responder a esto supone, a su vez, una segunda pregunta: ¿cómo es posible que conceptos provenientes de una analítica “colonial”, como el “ambiente” y el “espacio vital” se vean traspasados a la comprensión del campo de intervención propiamente estatal-metropolitano? Y, por último, ¿cómo vienen a ponerse en vínculo directo una legalidad cuya garantía ya no es la soberanía estatal, bajo la ocupación de Alemania, por ejemplo, y una administración que, en vez de aplicar la ley sobre una ciudadanía bajo derechos lo hace sobre una “esfera de la vida”?

El punto de interrogación al que nos llevan estas preguntas, que referimos de forma sumaria al inicio del capítulo, es el problema de “lo humano”; ya no se trata, sin duda, de la “idea de humanidad” universal que en la ilustración podía evocar Kant como el campo de sujeción no dado de forma empírica, pero necesario para el obrar; pero no se trata tampoco del “hombre”, o bien del “gran hombre” que evoca el siglo XIX como el sujeto movilizador de la historia. De allí un problema inquietante: la súbita insurgencia del humanismo de la postguerra era comprendida, y muchas veces lo fue, como la anacrónica vuelta a un sujeto soberano y fundante, tanto de la política como del saber. Para los críticos de esta postura humanista, sin embargo, era evidente que la misma se presentaba como anacrónica a los avances de las denominadas “contra-ciencias humanas”. Anticipaban, al menos como una posibilidad inminente, la muerte del hombre y el advenimiento del “superhombre”. Anuncio que tenía el problema, sin embargo, de no determinar si esta desaparición del hombre era un principio inminente o más bien una tarea.

Era posible, sin embargo, considerarlo como un diagnóstico, más que un anuncio. Habría que considerar, por ello, incluso a los mismos humanismos desde otro punto de mira, habría que considerar también a los mismos derechos humanos desde otro punto de mira. De un lado, el humanismo del sujeto soberano y libre que debería “desalienarse” por medio de un acto revolucionario se presentaba precisamente allí donde los sujetos revolucionarios “de clase” entraban en retroceso; por otro lado, los “derechos humanos” se formulaban precisamente cuando el sujeto constituyente soberano se veía deslegitimado y el sujeto constituido, hacia el cual estos derechos humanos se le reconocerían, tenía que reclamar a su garante, no en un Estado soberano, sino en un agente internacional de estatuto ambiguo. Nuestra moralidad ha tendido a evitar, sin embargo, confrontarse con estos problemas, al punto de que llegamos a no comprender cómo los críticos del

humanismo (es el caso de Michel Foucault y Gilles Deleuze) podían llegar a criticar la presunta vigencia del “humano” como agente soberano e incluso de los “derechos humanos” como entidades universalmente reconocidas o reconocibles. No se trataba tanto de impugnar su legitimidad, sino de cuestionar los medios que le otorgarían a tales figuras su vigencia.

Lo cierto es que la irrupción de lo humano y la humanización del mundo es un hecho consumado: antes que de “globalización”, o de “mundialización”, el problema que tendríamos que cuestionar es la determinación de qué puede llegar a significar y a referir a largo plazo el hecho de que se le atribuya un carácter de “humano” a las disciplinas, al derecho y a las políticas como si el mismo fuera una fuente de legitimación. En primer lugar, hay que notarlo, no se trata de un “valor” substantivo ni de una formalidad procedimental, sino que se trata de un referente dual que atribuye a la vez un campo de sujeción al que lo humano es asignado y un campo de intervención que esta supuesto. Dualidad que, sin embargo, comienza a verse jaqueada en el presente, por lo cual se vuelve preciso cuestionar su paradero. Sobre este punto nos toca cuestionar, entonces, por el surgimiento de algo así como lo que pasó a denominarse en la postguerra el “derecho internacional”.

III. La irrupción de lo humano en el derecho internacional: la discusión de Schmitt-Kojève con respecto a la “toma” y del “don” como operación fundadora del derecho planetario

Tanto Carl Schmitt como Alexandre Kojève fueron quienes de forma más temprana se percataron de los problemas inminentes del estatuto del derecho mundial al finalizar la segunda guerra mundial. Sus ensayos realizados justo hacia el fin de la guerra *El nómos de la tierra* y *Esbozo para una fenomenología del derecho* fueron, tal vez, los únicos en poner en cuestión de forma anticipada el estatuto del denominado “derecho internacional” de la postguerra. Sin embargo, luego de escribir tales ensayos, Schmitt y Kojève mantuvieron una correspondencia sobre los diagnósticos respectivos de cada uno sobre la cuestión, correspondencia la cual se cerró con dos conferencias de cada uno: *Tomar, repartir, apacentar* y *El colonialismo desde una perspectiva Europea*, en las cuales pueden verse las transformaciones de sus posturas a partir del diálogo mutuo. La cuestión, en ambos casos, ya no concierne, sin embargo, a la crítica del estatuto del derecho internacional, sino al problema de su previa fundación por una operación antecedente, de algún modo considerada como pre-jurídica. Esta operación, sin embargo, supone una previa determinación antropológica; el punto de disputa, entonces, concierne al modo en que se ponen en juego de forma recíproca la antropología y el derecho.

En el tratamiento por parte de Kojève, el “derecho internacional” juega un rol decisivo con respecto a la resolución del problema del *accomplissement* del

derecho mismo y su consumación histórica. Ya tenemos, en términos generales, algunas referencias al problema que la misma fórmula; en primer lugar, en cuanto el humano se realiza como humano, bajo el modo del ciudadano, entonces se realiza el reconocimiento del humano al humano, siendo el derecho realizado el medio de este según el cual todo humano es sujeto de derecho. En principio, el derecho internacional no tiene problema con respecto a las partes en relación o pugna: estas pueden ser, en lugar de personas-humanas, personas-Estados. La cuestión, en cambio, reside en como determinar a un tercero, el cual, a su vez, sea imparcial y desinteresado. Por un lado, si el tercero es un Estado, puede intervenir más al modo del mero arbitraje y no bajo su propia ley, ya que esta difiere de aquella de los otros Estados soberanos. Por otro, el carácter “imparcial y desinteresado” podía darse en caso de suponer una especie de ley común en la persona colectiva de un tercero, que tiene el problema de no tener un garante soberano, como es el caso del tribunal internacional compuesto de jueces privados (Kojève, 1988, p. 344). Ahora bien, el tercero que formula el derecho internacional no puede entonces imponerlo a los Estados de forma puramente externa, tiene que partir del derecho interno de los mismos para extenderlo hacia “afuera”, es decir, a las relaciones interestatales. En ese punto, Kojève, que se encontraba al fin de la guerra, todavía no parece encontrarle vigencia alguna a un derecho internacional: “Es claro a los ojos que el derecho internacional no ha devenido todavía un derecho *en acto*. Por definición, este derecho se refiere a la relación entre estados *soberanos*. Ahora bien, la noción misma de soberanía excluye la posibilidad del constreñimiento irresistible que provenga del exterior (...). Si el derecho internacional es derecho, no puede ser más que un derecho *potencial*” (Kojève, 1988, p. 345).

De allí se siguen al menos tres problemas: en primer lugar, que se trata de aplicar un derecho a las relaciones no jurídicas entre los Estados soberanos; en segundo lugar, que es preciso determinar cómo una determinación interna del derecho soberano de tal o cual Estado puede pasar a regir “externamente” y de forma recíproca para otro Estado. Por otro lado, es preciso de determinar de qué modo el derecho internacional, que se encuentra en potencia, puede pasar a actualizarse *en cada uno* de los Estados internamente, sin regir, sin embargo, por encima de cada uno de ellos. Esto tiene el problema de que tal derecho podría ser revocado en cualquier momento por cualquiera de los mismos Estados, al no tener un tercero que sea su garante, pero también puede decirse que esto es así porque tampoco los Estados nacionales particulares, en su pluralidad, operan frente a sus ciudadanos como un tercero inapelable ante sus conflictos, ya que —dice Kojève— el ciudadano “puede cambiarse de nacionalidad y sustraerse a la presión de un derecho que no lo satisface” (1988, p. 346). Para devenir tercero, sigue de ello, el derecho de un Estado tiene que internacionalizarse, del mismo modo que el derecho internacional tiene que internalizarse para devenirlo.

Evidentemente la inversión del argumento final es forzada, ya que supone que el ciudadano puede cambiar su nacionalidad de forma libre y sin restricciones, cosa que es del todo falsa. Asimismo, apunta a invertir el problema del derecho internacional en la posible expansión de una soberanía estatal, ya que las relaciones externas, en extremo, al comprender la guerra, no pueden ser incluidas en el derecho siquiera bajo la forma de delito, ni bajo el tratado. En otros términos, no hay un derecho “internacional” entre estados: la sanción de un delito internacional es más bien una forma de hacer la guerra de forma indirecta, ya que el tribunal de sanción lo tiene que preceder un determinado sujeto soberano, es decir, político. Del mismo modo, los denominados tratados de paz que fijan jurídicamente una alianza o una “intervención pacífica” son operaciones políticas que, o bien unen a dos Estados en “amistad” contra un tercero político, es decir, enemigo, o bien imponen a una Estado sobre otro, de modo tal que es el Estado ocupante el que impone la paz sobre el otro.

En este sentido, Kojève parece tener una concepción plenamente schmittiana de lo político, basada en la distinción entre amigo y enemigo; sin embargo, comprende la posibilidad de que la política pueda ser absorbida por el derecho, más de forma antecedente, es decir, neutralizando previamente las relaciones de amigo y enemigo. El referido autor concibe, en este sentido, la posibilidad de una relación social internacional que sea neutral, más precisamente en el aspecto no político de la misma: se trata de sociedades económicas, religiosas, culturales, etc., pero no de Estados soberanos. Así, de forma inversa, los Estados son incluidos en un derecho solo a través de estas interacciones sociales, de modo que la “sociedad” no política en cuestión deviene el tercero que precede al derecho internacional. Mas este derecho de la sociedad no política tiene que ser aplicado de forma interna por parte de los Estados soberanos. Ahora bien, Kojève sostiene en este punto que la relación entre el Estado y la sociedad en cuestión es precisamente aquella entre los amos constituidos en soberanos y los siervos constituidos en sociedad civil, y la misma no puede resolverse como tal al interior de cada Estado, sino, según una tensión, puede, en cambio, hallar su síntesis en esta forma del derecho internacional. Ahora bien, a través de la misma, el derecho de la sociedad no política deviene “derecho del ciudadano” universal. De este modo, la justicia del Estado como justicia según la igualdad tiende a reducirse a la justicia según la equivalencia, de modo que la sociedad en cuestión tiende a ocupar el lugar del Estado y formar una ciudadanía basada en la justicia como “equidad”: “Este derecho no puede existir en realidad más que como derecho del ciudadano, el cual sintetiza las dos justicias antitéticas. Lo cual confirma la idea de que este derecho no tenía nada de específico, dado que habíamos visto que todo derecho real es siempre —más o menos perfectamente— un derecho del ciudadano” (Kojève, 1988, p. 352).

Si bien el tercero en cuestión puede ser uno de los representantes de la referida sociedad, la puesta bajo sanción del derecho de la misma tiene que ser incorporada al interior de los Estados. Puede ser el caso, por ejemplo, de un derecho de economía común a diversos Estados. Sin embargo, con respecto al mismo, puede darse una tensión al interior de alguno de los Estados entre el derecho personal, reconocido a los miembros de la sociedad, y el derecho territorial, reconocido a todos los ciudadanos del Estado tal. Los miembros de la sociedad, en cuanto ocupan un lugar en diversos Estados, exigen que estos devengan funcionarios del derecho común. Este derecho, sin embargo, para tener vigencia debe haberse constituido de forma unitaria según un mismo ideal de justicia. Esto quiere decir que la única diferencia entre los Estados que lo reconocen de forma interna reside en las condiciones sociales adecuadas a las diferencias territoriales de cada uno de los mismos.

Sin embargo, una vez dada esta unidad jurídica a través de una misma idea de la justicia que sea precedida por un tercero representando a la sociedad en cuestión, desde una dimensión política puede decirse que la existencia de la pluralidad de los Estados es prescindible. El derecho de la sociedad podría actualizarse, entonces, no como un “derecho internacional privado”, sino como el derecho interno de un Estado único. No se trata, sin embargo, de una cuestión meramente fáctica; mientras que la sociedad mantenga su derecho a través de una pluralidad de Estados, el representante del tercero podrá ser un “tribunal internacional” o un agente de la “opinión pública” opuesta a la decisión de los Estados soberanos. Para resolver esta oposición, Kojève introduce una distinción: en vistas a volverse “irresistible”, la intervención del tercero no podrá quedarse simplemente en el derecho internacional privado, sino que tendrá que pasar a la esfera pública, al modo de acabar reduciendo la soberanía de los Estados en los cuales se actualiza. Kojève piensa que, de este modo, se podría asegurar un modo de hacer coincidir a los gobernantes con los gobernados, los cuales, en los Estados soberanos, cuyo régimen es eminentemente aristocrático, se verían aun diferenciados.

Esta disolución de la diferencia entre gobernantes y gobernados, como lo ha notado Elías Palti, parece ser uno de los ideales del positivismo. Sin embargo, el positivismo tentaba de realizar este ajuste por medio de una racionalidad tecnocrática. El positivismo no podía, en ese sentido, equiparar a la opinión pública con el saber de los tecnócratas; simplemente ajustaba esta relación tratando, a su vez, de reducir a nivel administrativo las funciones de la autoridad soberana. Lo que entrevé Kojève, en cambio, es la tentativa de una extensión de la sociedad civil que excluya la soberanía sin establecer una función privilegiada a nivel de las funciones ministeriales. Esta sociedad, para alcanzar el estatuto de un derecho público que reduzca la soberanía de los Estados, no puede oponerles otra soberanía volviéndose, entonces, su enemiga, por lo cual tiene que ser, de algún modo,

“pacifista”. No puede. Entonces, simplemente reducir una soberanía a la otra: tiene que pensar la posibilidad de constituirse en un Estado, por así decirlo, no soberano (donde política y derecho coincidan perfectamente). Pero esta misma transformación supone también el hecho de que los miembros de tal sociedad no pueden unificarse de forma exclusionaria, es decir, por medio de la distinción de un “otro”, sea extranjero, enemigo, aliado, etc. La sociedad no tiene que ser solo “pacífica” sino también “universal”: tiene que tender a la extenderse más allá de las fronteras para englobar a toda la humanidad.

Tenemos, entonces, dos características simultáneas de esta sociedad del derecho internacional puesta en vistas de realizarse: en primer lugar, la disolución de la diferencia entre gobernantes y gobernados, según la cual, todos y cada uno de sus miembros devienen “soberanos” como ciudadanos; en segundo lugar, el carácter universal de la sociedad misma, en la cual no puede quedar ningún sujeto excluido o distinguido como soberano, ya que, si esto fuera así, este devendría un potencial opositor, y la sociedad tendría que unificarse ella misma como un Estado soberano. Paradójicamente, Kojève considera, entonces, que la sociedad en cuestión deviene una forma de coalición “apolítica” que denomina una “federación jurídica” (1988, p. 356). En primer lugar, esta caracterización de “apolítica” concierne a la reducción de la distinción soberana entre el amigo y el enemigo. En este sentido, sin embargo, Kojève tiene que revocar la atribución anteriormente hecha, afirmando que sus miembros no son estrictamente “soberanos”, ya que no ingresan en relación de conflicto “bélico” o pre-jurídico entre ellos, sino que son “autónomos”, es decir, que se autoaplicarán el derecho reconocido mutuamente, participando cada uno como “estados” de un Estado, es decir, la Federación. Pero también se puede decir “apolítica” en un sentido más radical: se trata de una sociedad que no se constituye en un Estado, sino en una “unión”, “confederación” o “liga”, comprendida como la reunión de grupos “apolíticos”. Kojève no parece aludir a esta segunda acepción sino de forma despectiva, adoptando en este caso la tesis del Estado homogéneo. Solo este y no la mera “confederación” podría realizar la formación jurídica Federal que consiste en el hecho de elevar al estatuto de un derecho “internacional” la relación entre constitución y administración que, como vimos, determinaba la estructura “clásica” del *Rechtsstaat*:

Tendremos una federación jurídica. Y si la sociedad esta ella misma organizada en un Estado, será entonces una federación en el sentido propio del término, es decir, una federación política o un Estado federal. Se puede decir que, si el derecho internacional público tiende a actualizarse no puede hacerlo más que deviniendo un derecho federal, es decir, un derecho interno público (constitucional y administrativo) de un Estado federal (Kojève, 1988, p. 356).

IV. La disputa entre los teóricos de la negatividad: de la federación mundial y el Estado universal homogéneo, a la administración económica internacional y el Imperio Latino

Antes de abordar las objeciones de Schmitt al supuesto de una especie de Estado de derecho internacional por Kojeve es preciso recapitular de forma sumaria los términos en que la misma va a darse al nivel de la distinción entre un campo de sujeción y un campo de intervención. Como vimos, en el argumento de Kojeve la escisión entre lo político y el derecho llega a resolverse a través de la puesta en operación del derecho internacional bajo el modo de la Federación. En la misma se llega, entonces, a una reducción de conflicto político bajo la forma de la equidad, donde cada sujeto ciudadano es soberano frente al otro, y la soberanía ya no concierne, por ello, a los Estados. Esta reducción tiene al menos dos problemas: si bien se “fija” a través del derecho, su fuente no está en el mismo sino en lo político; por ello, supone al menos la forma de una “conquista” de un Estado sobre el otro, lo cual, en último término, lleva a reducción de la pluralidad de Estados en un Estado universal homogéneo. Pero, en cierta medida, las tesis de la Federación jurídica y el Estado homogéneo no son incompatibles: la federación más bien supone que la soberanía ya no se le atribuye a los Estados, y que concierne a cada uno de los ciudadanos, pudiendo por ello persistir cada estado bajo el modo de “provincia.” La Federación, en este sentido, es una especie de Estado de derecho, en cuanto supone la resolución de la cuestión política en la estructura de la constitucionalidad y la administración. No vamos a detenernos en los problemas que esta suscita ya que, más allá de su tratamiento por parte del mismo Kojeve, se trata de cuestiones que ya abordamos en los análisis anteriores.

La diferencia radical entre el tratamiento del Estado de derecho, en su escisión entre constitución y administración, en el campo de un Estado-nación y el Estado de derecho, bajo la misma escisión, con respecto al derecho internacional es la modificación de su referente, el cual no es ya la nación, el pueblo, o la sociedad civil, sino la “humanidad”. Mas es preciso especificar que este referente es —para Kojeve— en sentido propio, doble: lo humano, para constituirse como campo de sujeción, es decir como sujeto ciudadano, tiene que separar de sí una animalidad la cual es llevada del mero “ambiente” inmediato (*Umwelt*) al “mundo”, comprendiendo al mismo como el ensamble histórico de las obras humanas (es decir, del arte, la religión, la filosofía). Ahora bien, habíamos visto que la escisión operada en la antropogénesis desdobra, según Kojeve, al existente en dos sujetos diversos: uno que es propiamente receptor de estas obras históricas, como su amo, y uno al que le queda relegada su operación, su elaboración por el trabajo, como estando sujeto al mismo amo, siendo su esclavo. Ninguno de los dos es meramente animal, pero ninguno de los dos es plenamente humano. Así, las sociedades históricas pueden tener dos campos de sujeción posibles que son diversos. Uno

aristocrático, concerniente a la sociedad de los amos, y uno burgués, concerniente a la sociedad de los esclavos, pero en ninguno de los dos es el humano propiamente su sujeto. En la introducción a la lectura de Hegel, Kojeve refiere el problema de que esta lucha, en el plano que podríamos llamar “político”, no se resuelve simplemente por la guerra, sino por el modo en que el “esclavo” a través de su trabajo, aun viendo escindida su operación de la obra que produce y pertenece al amo, alcanza a través del mismo una “formación”, una “transformación” de sí mismo (*Bildung*); de modo que solo a partir de ella podemos decir que este deviene capaz de llegar a ser “ciudadano” de reconocimiento mutuo, como sujeto de derecho.

Pero la cuestión no es tan simple: en cuanto es la misma escisión del obrar con respecto al mundo animal la que produce a lo humano en cuanto tal, en cierta medida si la operación y el sujeto operador se reúnen con la obra y el sujeto receptor de la misma, entonces el movimiento histórico mismo se detiene y no se siguen produciendo los campos de sujeción respectivos concernientes al “mundo” histórico propiamente dicho. De allí que podamos entender, a nivel del análisis del campo de sujeción concerniente al derecho, el problema de la post-historia: esta, en el *Esbozo*, tiene que alcanzar el campo de sujeción de la humanidad, y no simplemente de la nación, como el sujeto de derecho propiamente dicho. Pero esta humanidad ya no es la humanidad que se produce como campo de sujeción doble a partir de la escisión del obrar histórico: o bien puede ser una mera receptora de las obras históricas que, sin embargo, por no pertenecer a la misma historia de ellas, las conserva como parte del pasado, o bien puede relegarse a la apropiación directa de su vida animal como fundamento de toda operación social. Pero, en ambos casos, lo decisivo para el punto de vista del derecho es el hecho de que la humanidad no llega a devenir un “campo de sujeción” propiamente dicho, pero tampoco podría tratarse de un “ambiente” inmediato, de un *Umwelt* dado por sí. Se trata más bien de un punto intermedio entre el ser humano escindido, como amo y esclavo, y el animal que se vuelve del todo difícil de definir y que, como es sabido, ocupará las discusiones de Kojeve y Bataille en su correspondencia, tantas veces analizada por Hollier y por Agamben.

Esto puede verse con claridad en la *Correspondencia* con Carl Schmitt, donde Kojeve comienza adscribiendo a la comprensión del derecho en términos de una mera “administración”, tesis que Schmitt no tarda en equiparar con aquella de Ernst Forsthoff sobre la administración como *Daseins Vorsorge*, como seguridad o procura de la existencia. Ahora bien, Kojeve considera, a diferencia de Forsthoff, que esta administración tiene su campo de intervención no en un Estado totalitario, o en un Estado social bajo garantía constitucional, sino a nivel del mismo derecho internacional en términos de lo que este va a denominar un “colonialismo económico” y ya no “político”. Da por supuesto, entonces, que la resolución de los conflictos internacionales y el establecimiento de un orden ya están en proceso

de consolidación, entre las metrópolis de los países desarrollados, y las colonias o países subdesarrollados. Pero la tesis de Kojève a su vez modifica el problema del Estado universal homogéneo: se trata más bien de la formación de coaliciones continentales que se determinan a partir de la negociación administrativa misma que prima. Europa occidental, por ejemplo, tiene que operar como medio de equilibrio entre las potencias económicas de la Unión Soviética y los Estados Unidos a través de una redistribución de las relaciones con los países subdesarrollados. Esta coalición a la que apunta Kojève es una federación a la cual da el nombre del Imperio Latino. Como lo nota Aufret, hasta el final, es decir, hasta los últimos momentos de su vida, Kojève tentará de implementar la formación de una coalición tal.

Tales tesis, aquella concerniente a la formación de una administración internacional de planes y reformas entre los países desarrollados frente a la subdesarrollados, así como aquella de la formación de una coalición federal europea frente a las potencias metropolitanas, tienen el problema de no referir de forma directa ni a un campo de sujeción constitucional o ciudadano en cada Estado, dejando simplemente un campo de intervención económico como base referido a las condiciones de vida discernidas en términos de desarrollo y subdesarrollo. El punto no es menor en las respuestas de Schmitt: este alega que, si el problema se redujera a la mera administración, entonces se estaría dando por supuesto de que el fin de la guerra ha instaurado un orden mundial capaz de acotar o anular la guerra, es decir, las distinciones soberanas entre los países amigos y enemigos, y de resolverla en términos de meras negociaciones diplomáticas y administrativas en términos de relaciones internacionales.

En segundo lugar, supone la supresión de un orden jurídico delimitado, lo cual para Schmitt indica la inexistencia de un campo de sujeción constituido. Para él, en cambio, es precisa una operación política de emplazamiento que este denominará “toma” (*Nahme*). Si no hay tal apropiación política —según Schmitt— no es posible ninguna administración o distribución, es más, la falta de una toma tal lo que determina es más bien un desorden internacional. Este último, según alega, tendría el problema de que al no acotar la guerra o al menos permitirle, como sucedió hasta el fin de la segunda guerra mundial, llevaría a un nuevo tipo de guerra denominada la “guerra civil mundial”, producto de la reducción de las diferencias políticas a un sistema de pactos y sanciones.

En el capítulo final de *El Nomos de la tierra*, Schmitt se ocupa de la disolución del *Ius publicum Europaeum*, es decir, del orden jurídico-político basado en el ordenamiento del espacio desde Europa y sus Estados hacia el mundo, y de la formación en curso de un nuevo *nómos* que, sin embargo, aun deja indefinida la diferencia entre un campo de sujeción determinable y un campo de intervención definido. Para Schmitt esta distinción se veía asegurada hasta la primera guerra mundial por la diferencia jurídico-política entre un espacio territorial estatal asignado a

la metrópolis europea frente un espacio colonial asignado a los países ocupados. Con respecto a ello nota el problema de que desde principios del siglo XX la diferencia entre un campo de sujeción y un campo de intervención, entre una esfera de orden jurídico asignada a un sujeto de derecho bajo la legalidad ordinaria y una esfera de intervención factual sobre la vida tienden a indiferenciarse, de modo que la confusión del estatuto imperial y el colonial lleva a una “inversión de la relación entre la excepción y la norma” (Schmitt, 2005, p. 248).

La inversión en cuestión puede esclarecerse según lo que vimos en el curso del capítulo. En principio, concierne a dos instancias históricas diversas que Schmitt refiere, más que podemos asignar al problema de la confusión del campo de sujeción con el campo de intervención. En primer lugar, la Federación Europea del *Acta del Congo* basaba su neutralidad en la apertura de una tierra libre para la ocupación por fuera de Europa, liberada a los Estados imperialistas. Ahora bien, a nivel de la distinción del referente se trataba de dividir a nivel de la denominada “nación”, que se había erigido como principio de ciudadanía frente al domicilio, entre el *Lebensraum* del sujeto colonial, expuesto a intervención, y el espacio vital autónomo del ciudadano civil, que constituía un campo de sujeción determinado por el derecho de la metrópoli y, si se quiere, por el *Rechtsstaat*. Ahora bien, lo decisivo ya aquí no es, entonces, el espacio territorial separado de la metrópoli y la colonia, sino la distinción de una nación de la otra que, en ciertos casos concierne a la identificación de un estatuto oficial, pero en otros a las denominadas “condiciones de vida de la raza”, es decir, el aparato del racismo. Pero la inversión viene a darse precisamente cuando, en el período de entre-guerras, los totalitarismos del Estado europeos trasladan esta distinción del *Lebensraum* colonial a la misma población del Estado en cuestión. De este modo, es en el cuerpo de una misma población donde se viene a distinguir, por medio de los aparatos racistas, lo que sería parte de la nación y lo que no.

Ahora bien, Schmitt pone a la base de esta inversión del estatuto del referente, el problema de la indistinción del estatuto espacial entre la metrópolis y la colonia, lo cual no tiene que confundirse, sin embargo, con el mero territorio, sino con el modo de concebir la determinación del *Umwelt*, el ambiente de la vida, en el *Welt*, es decir, el ordenamiento de un mundo histórico. El problema, sobre el cual Schmitt, en una actitud del todo sospechosa, no se detiene, concierne a referir que el problema del espacio no se dirime en la *Kolonial politik* simplemente en diferencias entre el suelo de cada nación con respecto a un mismo Estado, sino en términos de un “espacio vital” que define a cada nación, en donde la puesta en función del aparato del racismo viene a ser una de los artificios políticos determinantes.

Ahora bien, este proceso de inversión de la analítica geográfico-política de los teóricos del espacio vital, de Ratzel a Kjellen, coincidiría, si seguimos las indicaciones de

Schmitt, con la puesta en suspenso del estatuto de la relación entre el espacio metropolitano y el colonial a nivel jurídico por parte de la jurisprudencia positivista. Con ello, la misma tentaría de producir una especie de derecho internacional universal o proto-universal que no se viera fundado en determinación espacial alguna, tratése de un derecho europeo federado en las pre-guerras, de la tentativa de crear una Sociedad de las Naciones en el período entre guerras, y finalmente de la formación de la ONU al fin de la segunda guerra mundial. En todos los casos, aun cuando el núcleo de las organizaciones se vaya desplazando de Europa hacia el espacio mundial, se trata de lo que Schmitt considera como “pseudo-federaciones” que no establecen, de ningún modo, un ordenamiento espacial global. Y es con respecto a estas y a su frágil estatuto que Schmitt va a considerar las críticas a la formación posible de una coalición federada continental que estarán en discusión en la confrontación con Kojeve.

La transformación implicada a nivel del derecho mismo con respecto a la relación internacional establecida a través de este es, entonces, más compleja que lo que la tipología del liberalismo propugna. En verdad, concierne al modo en que pasa a darse una primacía del derecho internacional privado sobre el derecho de las gentes de los Estados soberanos. La misma, por otro lado, Kojeve había referido con respecto a la relación entre la sociedad civil y la soberanía estatal en la formación de las federaciones que, para alcanzar vigencia, deberían ser reconocidas por el derecho interno. Ahora bien, según Schmitt esta primacía tiene el problema de que lleva a cabo una *oikonomización* del poder político. Con ello nos referimos al hecho de que, partiendo del derecho privado, es decir, de la casa, de la empresa, de la asociación económica como instancia perteneciente a una sociedad civil relacionada internacionalmente a través de las transacciones, se llega hasta el Estado como garante de las mismas, lo cual, al nivel de las disposiciones del espacio lleva al problema de que las zonas y las rutas de comercio mundial devienen simplemente “partes”, o locaciones domiciliarias, y los estados no más que las “casas” centrales. Ahora bien, a nivel del problema del referente en juego se trata del hecho de que el límite de la frontera soberana queda subordinado a la barrera de la aduana. Evidentemente esto supone también una primacía del campo de intervención, concerniente a las presiones y pujas económicas sobre los espacios de cambio, que un campo de sujeción, el cual queda en todo caso como una mera garantía jurídico constitucional al agente de la sociedad civil en cuestión.

Podría verse como contraria a esta transformación el desplazamiento de la noción de la determinación de ciudadanía, no por domicilio, sino por la nacionalidad, pero esta modificación, en verdad, no concernía sino al problema de la diferenciación de lo “nacional” mismo, que venía a ver cruzados sus sujetos con los de las locaciones comerciales diversas. En otros términos, al haberse disgregado la unidad territorial del Estado en su delimitación fronteriza-espacial, los sujetos pertenecientes al mismo llegaban a ser diferenciados no tanto por su residencia

en un territorio tal o cual, sino por su “natividad”. Evidentemente la determinación de la misma, sin embargo, no concernía simplemente al hecho de nacer en un suelo, sino que era identificada con la pertenencia a la nación como una entidad vital preexistente a los sujetos que vivían en la misma. No nos vamos a detener, sin embargo, en los problemas que llevo esta determinación, desde Renán y los autores que pretenden buscar al núcleo de la nación en un fundamento histórico, a los autores que tientan de establecer una diferencia puramente racial. Evidentemente, ambas posturas, como lo pudimos ver con respecto a la reconstrucción del racismo efectuada por Heller (y más tarde por Foucault) no eran incompatibles. Pero lo decisivo, como lo ha notado Agamben en *Homo Sacer I* era que era el hecho de que pasa a ser la vida misma, comprendida en un sentido eminentemente biológico, lo que venía a fundar la ciudadanía, y no la residencia o el territorio.

V. Conclusión: el paso de la nación al ser humano como objeto de intervención entre Estados

La cuestión de la ambigüedad de la determinación de lo humano, siendo a la vez un campo de sujeción determinado y un campo de intervención referido a cualquier lugar y a cualquier vida es, en cierta medida, la delicada cuestión que viene a determinar de forma correlativa la formación de un Estado de derecho con respecto a un Estado de seguridad a nivel global.

Pero el problema que, por otro lado, notarán tanto Arendt como Schmitt, residirá en que la garantía de esta revolución legal de la postguerra estará en las formación de un aparato de seguridad mundial capaz de intervenir en cualquier lado y a cualquier sujeto de forma cada vez más inmediata: si a nivel subjetivo el problema de este sujeto cualquiera puede ser referido a la cuestión del terrorismo, a nivel local, el problema del espacio cualquiera va a ser denominado como la cuestión de la “guerra civil mundial”, formulada por ambos pensadores. Es allí donde será preciso buscar los términos del nacimiento de la relación entre el “Estado de derecho global” y las coaliciones continentales que se delimitarán bajo el modo de federaciones o sistemas proto-federales frente a la formación de las potencias.

VI. Bibliografía

- Agamben, G. (2010). *Estado de excepción*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo.
- Foucault, M. (2004). *Naissance de la biopolitique*. París: Gallimard.
- Forsthoﬀ, E. (1933). *Der totale Staat*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt.
- Forsthoﬀ, E. (1959). *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, Kohlhammer: Stuttgart.

Hayek, F. A. (1961). *The Constitution of Liberty*. Oxford: Routledge and Kegan Paul/Clarendon Press.

Kojève, A. (1988). *Linee di una fenomenología del Dritto*. Florencia: Jaca Book.

Kojève, A. (2001). *Correspondence avec Carl Schmitt*. París: Gallimard

Sieyès, E. (2003). *¿Qué es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza.

Schlink, B.(2000). *Weimar a jurisprudence of crisis*. Berkeley: University of California presses.

Schmitt, C. (2005). *El nomos de la tierra*. Buenos Aires: Struhart & Cía.

Fecha de recepción: 30-03-2020

Fecha de aceptación: 14-07-2020

El juez civil desde el prisma del Código Civil y Comercial argentino

POR CECILIA SOLEDAD CARRERA(*)

Sumario: I. Introducción.- II. Punto de partida.- III. El derecho: producto social.- IV. El Código Civil y Comercial argentino.- V. El juez: caracterización tradicional.- VI. El juez del Código Civil y Comercial argentino.- VII. Conclusiones.- VIII. Bibliografía.

Resumen: en 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial argentino. Uno de los desafíos que se les presenta a los jueces es asumir la consagración de los derechos humanos como fuente explícita del derecho civil y comercial y como criterio de interpretación. Este contexto jurídico alumbró una línea de investigación sociológica cuya finalidad consiste en indagar el estatus y el rol del juez que da lugar al nuevo Código, como así también conocer cuál es el margen de autonomía con que cuentan al momento de decidir los resultados de los litigios y en función de qué valores y principios ideológicos y jurídicos fundamentan sus pronunciamientos. Teniendo en cuenta las funciones judiciales instrumental, política y simbólica, la normativa civil y comercial se reflexionará sobre el juez y la delicada y necesaria función que desempeñan.

(*) Abogada. Notaria, Universidad Blas Pascal. Especializando en Derecho Judicial y de la Judicatura, Universidad Católica de Córdoba. Diplomada en Derecho Procesal Civil, Universidad Blas Pascal. Diplomada en Ética Judicial, Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez, Poder Judicial de Córdoba. Diplomada en Metodología de la Investigación en el ámbito Judicial, Universidad Católica de Córdoba. Adscripta a la Cátedra de Derecho Político, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Adscripta a la Cátedra de Derechos Reales, Universidad Blas Pascal. Prof. Tutora en Educación a Distancia, Derecho Registral I, Universidad Blas Pascal. Prof. Tutora en Educación a Distancia, Práctica Notarial, Universidad Blas Pascal. Prosecretaria Letrada en el Fuero Civil y Comercial, Poder Judicial de Córdoba.

Palabras claves: judicatura - rol del juez - cambio legislativo - ideas políticas

The civil judge from the prism of the Argentine Civil and Commercial Code

Abstract: *in 2015, the Argentine Civil and Commercial Code came into force. One of the challenges for judges is to assume the consecration of human rights as an explicit source of Civil and Commercial Law, and as a criterion for interpretation. This legal context illuminates a line of socio-legal investigation whose purpose is to investigate the state and the role of the judge to whom the new Code gives rise, as well as to know what is the margin of autonomy that he has to decide the trials, and what ideological values and principles and legal are the basis of their pronouncements. Taking into account the instrumental, political and symbolic judicial functions, and the civil and commercial code, the figure of the judge and the delicate and necessary role they play will be considered.*

Keywords: *judiciary - judge role - legislative change - political ideas*

I. Introducción

La relación inescindible entre el derecho y la sociedad es siempre dinámica. Los valores y las normas se ajustan de manera permanente conforme a razones de orden político, histórico, tecnológico, económico y, aún, ecológicos o naturales. Entre las causas que resultan de la voluntad humana están aquellas que generan un cambio deliberado en esa relación y cuya finalidad se orienta provocar una modificación estructural de la sociedad. Tal es el caso de las reformas constitucionales y legislativas. Ejemplo de ello se encuentra en el Código Civil y Comercial argentino. Los cambios que la normativa introdujo no solo tuvieron efectos inmediatos, sino que se extienden al futuro mediato y a largo plazo. Ello acontece porque la modificación legislativa se dio no solo en aspectos sustanciales, procesales o doctrinarios, sino que recepta y conlleva una transformación de la matriz cultural, la que está constituida por los valores sobre los que se sustenta el consenso fundamental de la convivencia social.

Examinar *la función que emerge de la figura del Juez para el “nuevo” derecho*, más allá de la estrechez del análisis jurídico puro o dogmático —prescriptivo y técnico—, requiere un abordaje cognoscitivo y descriptivo desde la sociología jurídica y la ciencia política. Por ello, se parte de un breve análisis del *derecho* como subsistema social, para luego establecer la relación con la ideología y el cambio social y las proyecciones que tiene en el *estatus* y *rol* del juez.

II. Punto de partida

Para el desarrollo de este artículo se exploró el abordaje del derecho como técnica de ordenación social y como producto social. A partir de allí, se examinó la

figura del *juez*, partiendo de que no siempre la idea que de él se tiene coincide con la realidad. Por lo tanto, se pretendió identificarlo como un profesional y definir su estatus, su rol y las funciones que se le atribuyen, a la luz del Código Civil y Comercial argentino.

En tiempos de Friedrich Karl von Savigny, el derecho no era concebible como instrumento de planificación a gran escala. Sin embargo, en la actualidad, el derecho se identifica con el “Derecho del Estado”, que *actúa* sobre la Sociedad. Como afirma Roger Cotterrell (1991), la *efectividad* del derecho es consecuencia de la concentración de poder político que ostenta el Estado, siendo una regulación técnica, cuyo fundamento social se ha tornado más o menos débil. Ello aleja al derecho de la conciencia ciudadana. Esto es el resultado de la separación del Estado y la sociedad, que le permite al primero funcionar como agente autónomo de control social. Por lo cual es válido preguntarse en qué medida las instituciones jurídicas son autónomas de otros organismos de Estado. Para responder a esta cuestión es necesario plantearse la relación entre el Estado y el derecho.

Es en occidente donde, con total nitidez, el derecho es autónomo, gracias a la especialización funcional a la que arribó en su larga evolución histórica. Para una *perspectiva funcionalista*, si bien el derecho refleja los valores compartidos en los que se basa el consenso social, también controla normativamente las formas de las actividades económicas y políticas. Es decir, prevalece la *regla del derecho*; lo opuesto de lo que se manifiesta en los sistemas jurídicos de base religiosa, como el Islámico.

Ahora bien, no existe un derecho neutro. Por el contrario, siempre es expresión de una ideología o de ideas que lo sustentan y orientan (Barbará, 2008, pp. 14-15). Expresado en otros términos, el derecho no es un agente neutral de integración social, sino que, con frecuencia, defiende intereses de grupos o clases especiales. De allí que, en la práctica, el derecho controla y expresa el *poder* a un mismo tiempo, aunque sea el resultado de un proceso complejo.

En ese marco, la actividad de los jueces es objeto de observación. Pruebas de ello se encuentran cotidianamente en la actividad mediática. Notas periodísticas, tanto de diarios jurídicos como no especializados, refieren a decisiones de jueces que resuelven casos “novedosos”, no contemplados en la ley pero que la realidad plantea. De ello se infiere que no existen jueces neutrales, y que su labor no se desempeña en aislamiento social ni respecto de la opinión pública y de los poderes políticos. Se está en presencia de una concepción de magistrado que se aleja de la idea de un juez aséptico y místico, que no es inspirado en sentido alguno por la realidad social.

El Código Civil y Comercial argentino reconoce un pluralismo jurídico extraes-tatal —fuentes y ordenamientos que provienen desde fuera del Estado— e inter-estatal —normativas especiales internas—. Luego, impone a la magistratura civil y comercial el desarrollo de competencias adecuadas para participar en las diversas formas de interacciones sociales que son reflejo de la actualidad. Por ello, se torna indispensable la exploración del derecho y de la profesión del juez. En base al marco teórico general y al análisis del marco jurídico se pueden inferir las funcio-nes y los espacios de actuación de los jueces civiles y comerciales que el sistema jurídico presente sugiere.

III. El derecho: producto social

El derecho conforma un sistema —*sistema jurídico*—. De allí que se lo ha de-finido como el “conjunto de normas y de principios o valores que, asumidas por una comunidad humana, son creadas y aplicadas por esa sociedad e interpretadas en sus instituciones en un determinado territorio previamente establecido para la defensa y gestión de los derechos fundamentales y del funcionamiento del Esta-do” (Carretero Sánchez, 2015, p. 63).

Siguiendo la jurisprudencia sociológica de Roscoe Pound, el derecho es “una forma altamente especializada de control social, que se lleva a cabo de acuer-do con un cuerpo de preceptos autorizados, aplicados en un proceso judicial y administrativo” (1) (Braybrooke, 1961, pp. 289-290). Se ha explicado que, para el decano de la Facultad de Derecho de Harvard, el control social es “el ordenamien-to de las relaciones humanas en las sociedades organizadas políticamente en tér-minos de la realización de las exigencias, demandas y deseos que cada persona individual o colectivamente busquen satisfacer” (Deflem, 2006, p. 110). Luego, desde esta postura, el derecho es un instrumento o medio de control social porque se presenta como un orden coercitivo, a través del que se da expresión concreta a intereses individuales, sociales y públicos (2) y que, ante un conflicto de ellos, ofrece la reconciliación a través del recurso a procesos judiciales y administrativos.

(1) El concepto transcrito es una traducción de la cita realizada por el emérito profesor Ernest Kingston Braybrooke. El texto original dice: “of law as a highly specialized form of social control, carried on in accordance with a body of authoritative precepts, applied in a judicial and administrative process” (Braybrooke, 1961, pp. 289-290).

(2) Roscoe Pound desarrolló una teoría de los *intereses*, entendiendo que estos son los deseos, re-clamados o demandas del ser humano de tener algo o hacer algo, de no ser obligado a hacer algo. Esos intereses son clasificados por el autor en sociales, públicos e individuales, dependiendo del espacio en que afirman: sea a título de la vida individual, de la vida social o de la organización política de la sociedad.

Ahora bien, el derecho es, también, un subsistema operando dentro del *sistema social*. Esta ubicación permite colegir que existe una interrelación entre las acciones sociales y la regulación jurídica, en distintos niveles, aun cuando no toda la realidad social esté reglada. Al mismo tiempo, existe una conexión entre el subsistema jurídico con los demás subsistemas (económico, cultural, político, etc.).

Al sistema social subyace la *ideología*. En cuanto cosmovisión del mundo compuesta por ideas e intereses compartidos por determinados sectores de la sociedad, las ideas se encuentran en relación directa con las estructuras sociales, políticas, jurídicas, culturales y económicas. El *derecho* no es ajeno a la concepción del mundo que tiene una sociedad; por el contrario, la refleja.

Se puede afirmar —al menos de manera general— que el subsistema jurídico no está compuesto solo por normas. También lo integran conceptos, instituciones, principios y valores. Por ello, hay que comprender al *derecho* positivado en la totalidad del espacio y del tiempo en que se lo observa. Las *concepciones sociológicas* del *derecho*, que lo entienden como “(...) un fenómeno social, que incide sobre una realidad social, independientemente de que se tenga una concepción política u otra sobre el Sistema jurídico” (Carretero Sánchez, 2015, p. 55) adquieren en este punto relevancia.

Por lo tanto, al pensar el derecho como un producto social, se reconoce que esta técnica de organización social normativa contribuye a implementar un orden que responde a un modelo organizativo social y que se desarrolla en un momento histórico, como resultado o producto del mismo. Por ello, a lo largo de la historia, el derecho no siempre ha tenido el mismo contenido. Esto se debe a que el *cambio social* implica el surgimiento de una nueva vivencia a la que el sistema, con las características que posee en un tiempo y lugar determinados, no puede dar una respuesta adecuada. Esta nueva manifestación ejerce presión para imponerse al modelo existente, ya que modifica la estructura social, en términos de relaciones, normas y roles.

Luego, se activa la *función homogeneizadora* del derecho respecto de la sociedad: el cambio de las normas se produce desde la sociedad. Pero puede suceder que se active la *función promotora*: el cambio normativo cumple un rol decisivo en la innovación y transformación de lo social.

Ejemplos de esta interacción entre lo jurídico y lo social se pueden ver en las leyes protectoras o impulsoras de derechos a través de conquistas legales y sociales de minorías o grupos vulnerables. En estos casos, el derecho acompaña el cambio social y, en ocasiones, lo impulsa. Como el grupo social y las estructuras sociales cambian, las normas también se modifican. De allí que se haya sostenido que “(...) si el derecho emana del grupo social no puede tener más estabilidad que

ese mismo grupo humano” (Levy-Bruhl, 1964, p. 16). Se reconocen, luego, las potencialidades del derecho como instrumento de transformación social.

IV. El Código Civil y Comercial argentino

El 1 de agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la República Argentina. Durante ciento cuarenta y cuatro años había regido el Código Civil (1871), redactado por el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield. A la par, estaba el Código de Comercio (1862-1889), producto de la labor en colaboración entre aquel jurisconsulto y el uruguayo Eduardo Acevedo. Ambos cuerpos normativos, importantes por su contribución con la consolidación del Estado Nacional argentino, habían recibido el influjo de la ideología liberal de base racional, propia de su época y de la tradición jurídica imperante en esta parte del continente.

En 1968 tuvo lugar la reforma parcial más significativa del Código Civil. Ella modificó la filosofía de la legislación civil y permitió adecuarla a la vida moderna (Borda, 2008, p. 147). Paralelamente, el Código de Comercio fue cercenado en muchas materias por leyes especiales que se erigieron como microsistemas legislativos, tales como la ley de sociedades comerciales, o la ley de concursos y quiebras. También, a lo largo del siglo XX hubo intentos de reforma integral y de unificación normativa que fracasaron.

En 2011, mediante el decreto del Poder Ejecutivo N° 191/2011 se conformó la “Comisión para la Elaboración del Proyecto de ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación”. Esta, con la colaboración de numerosos juristas, elaboró un proyecto de reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial que, después de debates públicos y de atravesar por el procedimiento formal de sanción, vio luz a través de la ley N° 26.994.

Como se dijo, los Códigos Civil y de Comercio eran adecuados para una sociedad del siglo XIX (3). Empero, desde su sanción, la sociedad cambió y, si bien instituciones como el contrato, la propiedad y el matrimonio permanecen, la regulación no era ajustada a la realidad actual.

El antecedente que marcó un hito fue la reforma de la Constitución Argentina del año 1994. Ella consagró la jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos, los derechos de los pueblos originarios y los derechos humanos

(3) Además de responder a una ideología liberal-individualista, el Código Civil no fue un producto democrático, ya que fue redactado por una sola persona, el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield y sancionado por el Congreso argentino sin debate, esto es, a libro cerrado, durante la presidencia de Domingo Faustino Sarmiento. A su vez, la ley de Reforma de 1968 fue suscripta por el presidente de facto Gral. Juan Carlos Onganía, durante la regencia del Estatuto de la Revolución Argentina.

de tercera generación (consumo y ambiente); así como se receptaron los procesos derivados de la globalización (regionalización e internacionalización).

Esto, sumado al influjo del desarrollo tecnológico, hizo que los preceptos de los Códigos Civil y de Comercio precisaran una revisión. La consolidación del Estado argentino dio paso a la necesidad de ratificar la propia identidad jurídica, forjada por las leyes, la doctrina y la jurisprudencia, y de actualizar y mejorar el sistema jurídico.

En el decreto N° 191/2011 se expuso que

El sistema de derecho privado, en su totalidad, fue afectado en las últimas décadas por relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas. En este sentido cabe destacar la reforma constitucional del año 1994, con la consecuente incorporación a nuestra legislación de diversos Tratados de Derechos Humanos, así como la interpretación que la Jurisprudencia ha efectuado con relación a tan significativos cambios normativos (considerando 5).

También se dejó sentado que la actualización del derecho privado nacional debía procurar una obra que “(...) sin sustituir la legislación especial, contuviera una serie de principios generales ordenadores” (decreto 191/2011, considerando 6) y que tuviera en cuenta “(...) los procesos de integración y las codificaciones de la Región, puesto que sería deseable promover cierta armonización en los aspectos fundamentales” (decreto 191/2011, considerando 7).

En el primer acápite de los “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” (2014) se expusieron las ideas y valores que subyacen a la nueva legislación. Ellos informan sobre los paradigmas del Código Civil y Comercial, dejando en claro cuál es el pensamiento filosófico, político y económico en que se sustenta. Estos son:

Código con identidad cultural latinoamericana. Los codificadores explican que existe una concepción orientada a integrar el bloque cultural latinoamericano. Ergo, sin desconocer la influencia de la tradición romana e hispánica y, luego, francesa, procura incorporar nociones y criterios propios de propias de la cultura latinoamericana.

Constitucionalización del derecho privado. Con el nuevo cuerpo normativo se pretende superar la división tajante entre derecho privado y público. Por ello presta especial atención a la protección de la persona humana, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño y del adolescente, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y de los pueblos originarios.

Código de la igualdad, en el que se superen los estándares de igualdad formal o abstracta para buscar la igualdad estructural o real. Con ese objeto se consagra el paradigma protectorio de la persona en todos sus roles: sujeto individual, miembro de un grupo familiar, consumidor, víctima de daños, heredero, etc.

Código basado en un paradigma no discriminatorio, cuya aplicación diluya categorizaciones basadas en el sexo, el género, la religión, el origen o la riqueza. En la cosmovisión del Código Civil y Comercial Argentino, los derechos, las libertades y las obligaciones deben ser interpretados y aplicados de manera que desaparezcan posibles límites, restricciones o exclusiones que sean discriminatorias. Se torna necesario reconocer las diferencias, brindando una respuesta jurídica en un escenario plural e igualitario a los derechos de las personas y grupos.

Código de los derechos individuales y colectivos. El Código Civil y Comercial argentino tutela los derechos individuales, al mismo tiempo que reconoce la trascendencia de los derechos de incidencia colectiva, ajustándose a las directivas de la Constitución Nacional.

En materia de bienes, además de reconocer el derecho de la propiedad privada, aparecen las comunidades, como ocurre con los pueblos originarios y la tutela de los bienes colectivos, como el ambiente.

Código para una sociedad multicultural. Se reconoce el pluralismo cultural a través de la regulación de diversos arquetipos familiares, del matrimonio igualitario y de las uniones convivenciales, y otras opciones de vida propias de una sociedad pluralista, que acontece en un espacio social moderno.

Código para la seguridad jurídica en las transacciones comerciales, que incluye la regulación de los contratos típicos y de aquellas figuras que carecían, hasta entonces, de reglamentación, como los contratos de distribución, bancarios, financieros, entre otros.

Los lineamientos reseñados sirven de guía para los operadores jurídicos, se trate de los legisladores, a la hora de dictar leyes complementarias y especiales, de los abogados, al momento de asesorar o plantear los casos, y de los jueces, al aplicar el derecho en sus decisiones.

V. El juez: caracterización tradicional

La fotografía clásica del juez proyecta una imagen conforme la cual son funcionarios que integran “los órganos natos de la eficacia jurídica, porque constituyen poder del estado (uno de los tres poderes del Estado), cuya misión es la protección de las normas de derecho y su reparación, cuando son infringidas” (Soriano, 2011, p. 419).

Desde esta perspectiva, la función primordial de la magistratura es “aplicar el derecho con el objeto de restablecer o asegurar el orden social” (Gerlero, 2006, p. 9). Se desliza, luego, que los jueces serían meros decisores de los conflictos que le son presentados por sujetos individuales o colectivos a través de las acciones judiciales, cuando las vías de solución extrajudicial no fueron efectivas.

El principal producto de la acción social del juez es la *sentencia*. Esta es la solución institucional extrema de un conflicto, expresión de una decisión adoptada en base a una ley general que se adecua a un caso concreto, para poner fin a la *lid* llevada a su conocimiento, con el fin de restablecer la paz social que fue alterada (Ferrari, 2006). En tal tarea, se “(...) adecua una ley general a las circunstancias y características de los casos concretos, se especifica y señala el ámbito de aplicación de las leyes vigentes y se limita la generalidad de las leyes, dando contenido específico a sus presupuestos y principios generales” (Gerlero, 2006, p. 9).

Por ello, con el vocablo juez se ha designado “(...) a una persona dotada de autonomía e independencia en el ejercicio de su cargo, a quien se ha confiado la tarea de dirimir los conflictos que puedan surgir entre dos o más integrantes de un grupo social. Tal concepto corresponde a la figura típica del juez del Estado democrático constitucional moderno” (Gerlero, 2006, p. 9).

A partir de lo dicho, entonces, debe reconocerse al juez como profesional que se desempeña en un campo ocupacional jurídico específico: la función pública. Desde esa posición, a través de sus acciones, habrá de contribuir con el mantenimiento o el cambio del sistema socio-jurídico. De allí que se erige como un importante actor social. Él encarna la autoridad pública que sirve en un tribunal de justicia y se encuentra investido de la potestad jurisdiccional, la cual ejerce —como se dijo— aplicando las normas jurídicas para resolver los conflictos llevados a su conocimiento. Así, la *función jurisdiccional* es una función social *instrumental*, que se le asigna por el particular *estatus* que posee.

Empero, como enseña Boaventura de Souza Santos (2009, pp. 108-109), el juez también desempeña *funciones políticas*, orientadas a ratificar la legitimación del poder político en su conjunto, a defender los principios republicanos y a consagrar los derechos y libertades de los ciudadanos. Ambas funciones —jurisdiccional y política— están atravesadas por la *función simbólica*. Por ende, su actividad promueve y proyecta modelos, sentidos, definiciones del contexto y valores en la realidad social.

Del reconocimiento de las funciones políticas y simbólicas, que interseccionan con la instrumental, es posible —y de hecho aconteció con el Código civil y Comercial argentino— reformular el modelo clásico de magistrado. Por ello, resulta relevante el replanteo del *estatus* y del *rol* del juez. Estos se definen por

la competencia técnica que posee y el campo del conocimiento y habilidad particular que domina. En términos generales, mientras el estatus ha sido definido como la posición que el sujeto tiene en un sistema, el rol o papel se relaciona con la conducta desplegada en relación a otros actores (aspecto relacional). Ambos conceptos se dinamizan recíprocamente porque desde su estatus o posición el individuo actúa su rol. Eso lo coloca en una *situación*, constituida por el conjunto de factores extrínsecos que determinan el marco de acción. Este contexto es, a su vez, referencial, porque influye en el comportamiento orientado, sea por motivación o por valores (Soriano, 2011, p. 144).

Siguiendo la línea argumental, el estatus del juez tiene dos aspectos o facetas. La *posición externa*, que se corresponde con la ubicación que tiene como miembro del Poder Judicial frente al resto del sistema social, gozando de autoridad y de las garantías de independencia, inamovilidad, etc. En cuanto a la *posición interna*, es la que ocupa dentro de la organización judicial, dotado de independencia y autonomía en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, según el grado.

Ese *estatus* impacta en el *rol* del juez, que es “el conjunto de expectativas, valores y actitudes sobre las modalidades con las que se comportan los jueces o se deben comportar y que influyen sobre las orientaciones de las decisiones que adoptan” (Guarnieri y Pederzoli, 1999, p. 65). *Ergo*, en el marco de la interacción social entre el juez y los demás actores sociales —emisores de papel social—, las expectativas ubican al primero en una posición social y generan un estereotipo que, a su vez, define lo que se espera en términos de comportamientos.

Luego, el papel que el magistrado desempeña queda definido por diversas circunstancias, tales como la institucionalización del proceso judicial, la despersonalización o personalización de la presencia del juez, la organización externa, el lenguaje y la conducta del tribunal (Lautmann, 1991). A ello debe añadirse que todo juez es un representante de los valores sociales y toda la actividad que realiza debe estar encaminada a brindar seguridad jurídica. Esto supone que participa de la racionalización del derecho, asumiendo algunas de las formas de coactividad de este, para realizar la justicia.

Entonces, si —como se dijo— el derecho puede vehiculizar acciones sociales o bien la transformación puede ser resultado de una estrategia que tiene como instrumento de cambio el elemento jurídico, la judicatura habrá de participar en los procesos de cambio social. Se deriva, luego, que a partir del ejercicio de la función jurisdiccional el magistrado puede cumplir una función promocional del cambio social. Ello por ser un actor social que tiene la posibilidad de actuar y dictar resoluciones a través de las cuales se promuevan transformaciones sociales, sea impulsando comportamientos socialmente deseados o reprimiéndolos. Claro que, para ello, tiene que sensibilizarse y armonizar su ideología, sus valores, sus actitudes y

sus creencias frente a los datos que emergen de la realidad social. De esta manera interaccionan la cultura jurídica con los procesos de cambio social.

Por ello, y con razón, se ha dicho que

(...) la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Lo que determina un cambio significativo en la relación ley/juez, con el evidente fortalecimiento del papel de éste, asimismo constatable (...) en el reforzamiento del régimen de garantías de la independencia (Ibáñez, 2015, p. 78).

Entonces, los jueces son actores sociales, portadores de estatus y de roles que emergen de las expectativas sociales fuertes y consolidadas que, además, están protegidas por el derecho. Por ello, al ser el estatus y los roles permeables ante la sociedad, es que se actualiza el modelo de juez cuando las transformaciones sociales estructurales tienen lugar.

VI. El juez del Código Civil y Comercial Argentino

El modelo de juez de los Códigos Civil y de Comercio era el de *juez-funcionario*, escéptico y místico. En el marco del Estado liberal de derecho desplegaba su acción en el ámbito burocrático técnico, apegado al principio de contradicción y neutralizado políticamente. Su función se sintetizaba en una subsunción lógica del hecho, del sustrato fáctico del caso, a la norma positiva. Su rol era mínimo se limitaba a ser "(...) la boca que pronuncia las palabras de la ley (...)" (Montesquieu, 2007, p. 212). La preeminencia de los principios de legalidad y contradicción y del positivismo no dejaba espacio para realizar valoraciones extrajurídicas y el espacio de discrecionalidad-autonomía estaba limitado por las opciones que emergían de la norma.

Ello quedó plasmado en el Código Civil, no solo por la ausencia de referencias a la función del juzgador a lo largo del articulado, sino expresamente en el artículo 22, que rezaba: "Lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este Código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial" (4).

(4) Este artículo del Código Civil, indicativo de que la legalidad era el único criterio de validez de la decisión judicial, tenía como fin asegurar su aplicación, dejando de lado toda posible ocurrencia al derecho español.

El cambio normativo introducido por la reforma de la ley 17801 (1968) dio espacio a un nuevo modelo de magistrado. Se humanizó el derecho privado “(...) mediante la introducción de criterios de justicia más flexibles, y la recepción de soluciones provenientes de la realidad práctica” (Riba, 2018, p. 229). El espacio de actuación del juez se amplió y esto le permitió tener mayor discrecionalidad, desde que, además de los parámetros normativos, se abría la posibilidad de efectuar valoraciones extranormativas, recurriendo, por ejemplo, a la equidad, a la buena fe y a la proscripción del abuso del derecho.

No obstante, las transformaciones sociales, económicas, políticas y tecnológicas producidas en las últimas décadas del siglo XX y las primeras del siglo XXI, que dieron lugar al desarrollo de una sociedad plural, multicultural y de ordenamientos de diverso origen, conllevan el reperfilamiento del modelo de juez. Consecuentemente, el Código Civil y Comercial argentino reclama jueces comprometidos con los paradigmas del derecho civil y comercial y con la realidad social. Ello se desprende de la sola lectura de los “Fundamentos (...)” (2014) —expuestos en el apartado anterior—. Ante el modelo positivista-legalista se abre paso uno basado en principios. El derecho actual reclama, principalmente, un juez activo, con responsabilidad social y conciencia constitucional.

VI.1. Juez activo

Si el juez de los códigos decimonónicos debía sujetarse a la letra de la ley y realizar una subsunción lógica del caso concreto a una norma, el nuevo estándar dicta que el magistrado debe decidir analizando todo el sistema jurídico, integrando las normas nacionales y supranacionales. Dado que la labor de la magistratura debe estar orientada a garantizar la tutela judicial efectiva de todos los derechos constitucionales, el ordenamiento jurídico le reconoce mayor espacio de discrecionalidad.

Así, a modo de ejemplo, el Código Civil y Comercial argentino, confiere al juez:

- A) Facultades para ejercer un control de los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas (5) o de consumo (6) frente a la existencia de cláusulas abusivas;

(5) El artículo 989 del Código Civil y Comercial argentino dice: “Control judicial de las cláusulas abusivas. La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad”.

(6) El artículo 1122 del Código Civil y Comercial argentino dice: “Control judicial. El control judicial de las cláusulas abusivas se rige, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial, por las siguientes reglas: a) la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta al control; b) las

- B) un rol relevante en cuanto a la función preventiva del daño (7) en el ámbito de la responsabilidad civil;
- C) la posibilidad de actuar de oficio en los procesos de familia (8) y
- D) facultades en materia probatoria, orientadas a la búsqueda de la verdad jurídica objetiva en los procesos de daños y del derecho de familia (9).

Las potestades señaladas y las demás contempladas en el Código Civil y Comercial Argentino vinculan a la justicia con el caso concreto y exigen al juez el compromiso de dar efectividad a todos los derechos sin diferenciar categorías. En otras palabras, el papel activo del juzgador se impone, porque a través de él se dinamizan los derechos, haciendo posible que no queden plasmados en el terreno del “ideal normativo”.

De allí que, como garante de los derechos de la ciudadanía, el juez debe adaptar en forma continua y oportuna las normas, conforme se presentan los cambios sociales, en aras a no escindir el *ámbito de los derechos en abstracto*, del *ámbito de los derechos en acción*. Esa actividad, no obstante, debe ser ejercida con prudencia y equilibrio, a fin de que no resulten invadidas las esferas de acción de los otros poderes, esto es respetando el principio republicano de división de poderes.

VI.2. Juez con conciencia y responsabilidad social

El procesalista italiano Piero Calamandrei decía que “no basta que los magistrados conozcan a la perfección las leyes escritas; sería necesario que conocieran perfectamente también la sociedad en que esas leyes tienen que vivir” (Calamandrei, 2011, p. 160).

cláusulas abusivas se tienen por no convenidas; c) si el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad; d) cuando se prueba una situación jurídica abusiva derivada de contratos conexos, el juez debe aplicar lo dispuesto en el artículo 1075”.

(7) El artículo 1714 del Código Civil y Comercial argentino establece: “Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto”.

El artículo 1715 del Código Civil y Comercial argentino señala: “Facultades del juez. En el supuesto previsto en el artículo 1714 el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida”.

(8) El artículo 709 del Código Civil y Comercial argentino expresa: “Principio de oficiosidad. En los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente”.

(9) El artículo 709 del Código Civil y Comercial argentino dice: “Principio de oficiosidad. En los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente”.

Los paradigmas en los que se enrola el Código Civil y Comercial argentino reclaman un juez comprometido con la realidad social, reconociendo que más allá de la tutela de los derechos e intereses de los individuos, su función tiene un *fin público* que es la legalidad, y un *fin social*, que es la justicia. Entonces, no puede soslayarse que los casos judiciales suponen conflictos sociales, engendrados a partir de hechos humanos que tienen lugar en la convivencia social. Ello debe ser tenido en cuenta por el juez al resolver, toda vez que debe hacer un juicio de valor respecto de la solución más justa, sin perder de vista las consecuencias individuales y también sociales de su decisión.

Por ello se ha señalado que

(...) al dictar sentencia, el juez tiene que hacer una serie de juicios de valor recíprocamente articulados, sirviéndose de las pautas axiológicas establecidas y consagradas por el orden jurídico positivo y, frente a la falta de criterio, recurriendo a los principios de estimativa jurídica que considere válidos, sea de orden social o de orden político, o de la dignidad de la persona humana. (Minetti Kern, 2016, párr. 37).

El magistrado debe realizar un análisis del conflicto subyacente al juicio, sustrayéndolo de la abstracción respecto del medio. Ello supone contextualizarlo, teniendo en consideración las fuerzas y tensiones sociales que lo subyacen, y que condicionan la intervención del derecho (Pásara, 2019, p. 84).

De allí que “solamente comprendiendo el contexto social, el magistrado podrá entender los comportamientos humanos desarrollados y que son materia de su juzgamiento” (Masciotra, 2016, p. 2). Ello significa que tiene que ser un hábil observador de lo cotidiano, conocer dónde transcurre la vida, qué acontece en las áreas económicas, tecnológicas, éticas y restantes esferas sociales. Solo así podrá resolver con eficacia los conflictos, equilibrando los intereses individuales y armonizándolos con los sociales y públicos.

Entonces, como sostiene Peyrano (2016): “(...) el juez de hogaño, puede y debe, cuando corresponde, verificar cuáles son las consecuencias de sus resoluciones para las partes (juez teólogo) y aún para la comunidad en general (juez con responsabilidad social)” (párr. 11).

VI.3. Juez con conciencia constitucional

Uno de los principios que subyacen al Código Civil y Comercial argentino es la “constitucionalización del derecho privado”. Este quedó plasmado implícitamente

a lo largo del articulado, pero principalmente en los artículos 1(10) y 2(11). En ellos se explicitan las fuentes del derecho y las pautas de interpretación. A la luz de estas reglas, el juez tiene la tarea de velar por la vigencia de los derechos y la realización efectiva de los principios constitucionales. Luego, al resolver un caso sometido a juzgamiento, la sentencia debe ser una síntesis de la unidad del sistema jurídico en marco del Estado de Derecho.

En palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, el magistrado debe

Ponderar cuidadosamente las circunstancias, evitando que por aplicación mecánica e indiscriminada de la norma se vulneren derechos fundamentales de la persona y se prescinda de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto, lo que iría en desmedro del propósito de “afianzar la justicia”, enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional, propósito liminar que no sólo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad (conf. considerando 8º del voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni en la causa “Itzcovich, Mabel”) (CSJN, 2007, Fallos 330: 1838).

Siguiendo esta línea, en algunos supuestos, los jueces podrán inaplicar las normas infraconstitucionales que resulten contrarias al ordenamiento jurídico, haciendo prevalecer la supremacía del bloque constitucional, integrado por la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos. En otros casos, el magistrado podrá aplicar la norma infraconstitucional sin declarar su inconstitucionalidad, pero armonizándola, recurriendo a una interpretación respetuosa de las garantías derechos consagrados en la Ley Fundamental y convenciones internacionales.

El juez, entonces, debe ser consecuente con los fundamentos, paradigmas, principios y valores del Código Civil y Comercial de la Nación, como el principio de igualdad real, el de respeto de la diversidad cultural y la tutela de sectores vulnerables como los incapaces, los ancianos, las mujeres y los pueblos originarios.

(10) El artículo 1 del Código Civil y Comercial argentino dice: “Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

(11) El artículo 2 del Código Civil y Comercial argentino señala: “Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Es tarea de los jueces efectuar la ponderación normativa y, a través del diálogo de fuentes, transferir aquellos principios y valores a la solución de los casos llevados a la jurisdicción, sea a través de la aplicación de las normas o bien de la interpretación de estas.

VII. Conclusiones

La vida en sociedad requiere de un orden que regule las conductas y relaciones de los hombres. Tal función le es atribuida, en parte, al derecho. Este se encuentra conformado por un conjunto de normas creadas por un órgano dotado de autoridad suficiente para ello y mediante procedimientos establecidos a tal fin, de los que deriva su validez. Ahora, si bien se identifica al derecho con el *Derecho del Estado*, por su institucionalidad, también son parte del ordenamiento jurídico aquellas reglas que emanan de determinados actos o procesos, que tienen lugar a partir de la intervención de organismos o actores específicos, cumpliendo con ciertas formalidades (por ejemplo, contratos, sentencias).

Siendo el derecho un producto social, que nace del hecho social, es que las normas jurídicas responden a una cosmovisión de organización de la sociedad. Aparece, entonces, el componente ideológico que define el modelo organizativo al que deben ajustarse las conductas de los ciudadanos y de los órganos del Estado.

El Código Civil y Comercial argentino, vigente desde agosto de 2015, sin renunciar a sus orígenes liberales y sociales, actualiza el sistema jurídico civil y comercial reconociendo una matriz filosófica, sociológica, política, económica y jurídica diferente y actualizada, con una base democrática y constitucional. Las ideas fundamentales de la legislación civil y comercial están expuestas en los “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”. En efecto, se trata de un Código *con identidad cultural latinoamericana*; que responde a la *constitucionalización del derecho privado*; basado en el principio de *igualdad real* y en un *paradigma no discriminatorio*, que reconoce los *derechos individuales y colectivos*, la *propiedad privada individual*, la *propiedad colectiva* y la de los *pueblos originarios*, que viene a regir en una *sociedad multicultural*.

Las normas de derecho del Código Civil y Comercial Argentino responden, luego, a una expectativa de organización socio-estatal democrática, prescribiendo conductas y organizando todo tipo de actividad e instituciones. El juez, en cuanto profesional jurídico que se desempeña como funcionario en un poder del Estado, debe ajustarse a ese modelo organizativo y a las expectativas en él depositadas. En sentido formal, el magistrado “es una parte del Estado moderno, a través de la cual se canalizan y se resuelven, o se busca resolver, conflictos sociales de muy diversa índole (...)” (Cuellar Vázquez, 2008, p. 15).

Como actor social, al dictar sentencias, el juez debe tener plena conciencia de los efectos que su pronunciamiento tiene sobre el sistema social. Por eso, su acción social no solo tiene significado para él sino, también, para el destinatario particular —los justiciables— y el general —la sociedad—. En otras palabras, las resoluciones judiciales son acciones sociales que tienen consecuencias sociales y políticas.

En lo relativo a la profesión jurídica de la magistratura, los jueces se presentan como juristas profesionales especializados, que integran un poder del Estado —Poder Judicial—, siendo considerados actualmente garantes del Estado de Derecho, en defensa de la democracia, de los valores republicanos y de las libertades, y de los derechos humanos. No obstante, las funciones que han desempeñado en distintos momentos de la historia han sido diferentes, dependiendo del sistema jurídico-político en el que se encontró inmerso.

Las facultades que el Código Civil y Comercial argentino reconoce hoy al juez reafirman su rol social. Aquellas están orientadas a dar una respuesta a los conflictos interindividuales y sociales. De allí que el nuevo diseño jurídico, que opera como un referente mínimo de criterios tácitos o expresos, requiere de un juez analítico, reflexivo, que sepa revalorizar las normas positivas a la luz del prisma social, político, económico, tecnológico y ético.

Dado que el Poder Judicial, en cuanto poder del Estado que tiene el monopolio de la interpretación del significado de la expresión del pueblo —constitución, bloque constitucional y legislación infraconstitucional— y de hacerla valer sobre la manera en que los Poderes Ejecutivo y Legislativo la reglamentan, el juez no puede desconocer el fundamento ideológico del derecho que aplica e interpreta, ni el sentido de su investidura. En el ejercicio de su labor se encuentra la tarea de sostener el andamiaje del Estado Constitucional de Derecho y los valores democráticos.

Por consiguiente, el modelo de juez para el Código Civil y Comercial argentino presupone un rol activo, dinámico y progresista, con magistrados comprometidos con el desarrollo de los Derechos Humanos y la tutela de la persona, al que se le concede un margen de acción social más amplio que en los Códigos Civil y de Comercio derogados.

Además, debe tener conocimiento del medio en que se desenvuelve e, insisto, conciencia de la trascendencia social de su función. Por consiguiente, habrá de decidir los *casus* sometidos a su jurisdicción con arreglo a la norma, a los derechos y garantías constitucionales y convencionales y a los *valores* que forman parte de su cultura. De esta manera, la labor judicial debe considerar el contenido abstracto de la norma y, a partir de allí, dinamizarla en términos de efectividad, acompañando la evolución del derecho y de la realidad social, económica, tecnológica y cultural.

VIII. Bibliografía

Barbará, J. E. (2008). *Estado de Derecho y Autonomía de la Voluntad*. Córdoba: Advocatus.

Borda, G. (2008). *Tratado de Derecho Civil: Parte General*. Buenos Aires: La Ley.

Braybrooke, E. K. (1961). The Sociological Jurisprudence of Roscoe Pound. *University of Western Australia Law Review*, 288. Recuperado de <http://www5.austlii.edu.au/au/journals/UWALawRw/1961/5.html> [Fecha de consulta: 01/09/2020].

Calamandrei, P. (2011). *Elogio de los Jueces escrito por un Abogado*. Buenos Aires: Librería el Foro.

Carretero Sánchez, S. (2015). *Nueva introducción a la teoría del derecho*. España: Dykinson.

Cuellar Vázquez, A. (2008). *Los jueces de la Tradición: un estudio de caso*. México: Universidad Autónoma de México.

De Souza Santos, B. (2009). *Sociología jurídica crítica*. Madrid: Trotta.

Deflem, M. (2006). Jurisprudencia sociológica y sociología del derecho. *Opinión Jurídica* 5(10) (pp. 107-119). Recuperado de <https://deflem.blogspot.com/2006/06/jurisprudencia-sociologica-y-sociologia.html> [Fecha de consulta: 01/06/2020].

Ferrari, V. (2006). *Derecho y Sociedad: elementos de sociología del derecho*. Bogotá: Universidad de Externado.

Gerlero, M. S. (2006). *Introducción a la Sociología Jurídica: actores, sistemas y gestión judicial*. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos.

Guarnieri, C. y Pederzoli, P. (1999). *Los Jueces y la política. Poder Judicial y Democracia*. Madrid: Taurus.

Ibáñez, P. A. (2015). *Tercero en Discordia: jurisdicción y juez del estado constitucional*. Madrid: Trotta.

Lautmann, R. (1991). *Sociología y Jurisprudencia*. México: Fontamara.

Levy-Bruhl, H. (1964). *Sociología del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba.

Masciotra, M. (2016). *Función social del Juez en el Código Civil y Comercial*. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/mario-masciotra-funcion-social-juez-codigo-civil-comercial-nacion-dacfl60382-2016-05-26/123456789-0abc-defg2830->

61fcanirtcod?&o=117&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20procesal%7COrganismo%5B5%2C1%5D [Fecha de consulta: 27/03/2020].

Minetti Kern, L. (2016). El nuevo rol de los jueces a partir del Código Civil y Comercial de la Nación. Nuevos paradigmas y desafíos. Apertura hacia un sistema de soluciones justas. *Suplemento de Doctrina Judicial Procesal, La Ley*. Argentina.

Montesquieu (2007). *Del espíritu de las leyes*. Buenos Aires: Losada.

Pásara, L. (2019). *De Montesinos a los Cuellos Blancos: la persistente crisis de la justicia peruana*. Perú: Planeta.

Peyrano, J. W. (2006). El perfil deseable del juez civil del Siglo XXI. *Revista La Ley* (0003/008523).

Riba, M. A. (2018). *El pensar de los jueces: elementos de razonamiento judicial*. Córdoba: Advocatus.

Legislación

Decreto N° 191/2011, Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación (M.J.yD.H., 2011), Boletín Oficial de la República Argentina, 28/02/2011.

Ley N° 2.637, Código de Comercio. Buenos Aires: La Ley (2014).

Ley N° 26.994, Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Buenos Aires: Zavallía (2014).

Ley N° 340, Código Civil. Buenos Aires: La Ley (2014).

Jurisprudencia

Fallos 330:1838.

Otros documentos

Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación (2014). Buenos Aires: Zavallía.

Fecha de recepción: 29-03-2020

Fecha de aceptación: 26-06-2020

Entre el publicismo y la autonomía de la voluntad: un nuevo modelo de proceso civil

POR **ROBERTO OMAR BERIZONCE**(*)

Sumario: I. La confrontación ideológica en el diseño del modelo del proceso civil.- II. Reafirmación (y acentuación) del publicismo en el proyecto ministerial de 2019.- III. El ámbito ampliado de la autonomía de la voluntad y la apertura hacia la contractualización y los convenios procesales.- IV. La perspectiva de un nuevo paradigma: el proceso colaborativo, derivación de la concepción política del Estado Democrático de Derecho.- V. Conclusiones.- VI. Bibliografía.

Resumen: el proceso civil, variablemente disciplinado por el legislador según diversos puntos de equilibrio entre los componentes publicísticos y privatísticos, ha evolucionado en línea con los postulados del Estado Democrático de Derecho. Acorde con las principales tendencias del derecho comparado, el proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de 2019 reafirma el paradigma publicista reconfigurando las misiones del juez. Al propio tiempo ensancha notoriamente el ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes, habilitando los convenios procesales para adaptar las reglas procedimentales. Bien que queda por acreditar en su futura experiencia la superación de los tradicionales condicionantes, propios de la cultura del litigio, la iniciativa legislativa introduce una cuña de quiebre en relación al modelo en vigor que, asimismo, avizora la proyección hacia un esquema cooperativo de administración de justicia, un verdadero y propio proceso en contradictorio.

Palabras claves: proceso civil - publicismo - autonomía de la voluntad

(*) Profesor Emérito de la Universidad Nacional de La Plata.

Between public law paradigm and party autonomy: a new model of civil procedure

Abstract: *the civil procedure, which is balanced between public law and private law components, has evolved according to the principles of the Rule of Law. Matching the tendencies of the comparative law, the 2019 project of civil and commercial procedure code reasserts the public law paradigm, reconfiguring the judge's function. Also, it increases the party autonomy allowing the possibility of adapting procedural rules by contract. This initiative marks a difference with the actual model, seeking the implementation of a cooperative justice system.*

Keywords: *civil procedure - public law - party autonomy*

I. La confrontación ideológica en el diseño del modelo del proceso civil

La cuestión central de la relación entre autonomía privada de las partes y disciplina legislativa del proceso civil ha estado presente desde siempre en el debate de las ideas procesales y también en las elecciones del legislador. Bien que la disputa se inserta en la más amplia conceptualización de las relaciones entre la sociedad civil y el Estado que, claro, es necesario captar en la perspectiva de las tendencias concretas que marcan los tiempos. Los actuales en el horizonte del proceso común vienen caracterizados por, al menos, tres factores relevantes: a) la acentuación de la intervención estatal —publicismo— en la imposición de reglas de conducta para los protagonistas principales del proceso —juez y partes—; b) en contrapartida, el reconocimiento de un mayor margen para el desenvolvimiento de la autonomía de la voluntad, en especial para extender los márgenes de negociabilidad de las reglas procedimentales, empero acotadas por aquello que se reconoce como la propia esencia de la jurisdicción; c) como punto de arribada —aunque siempre provisorio—, la tentativa de formular la síntesis a través de la búsqueda de necesarios puntos de equilibrio, superadores de tales autonomías. Una nueva estabilidad que asienta en el reconocimiento, por un lado, de aquel poder de autoridad ahora “reforzado” —sobremanera en los poderes/deberes del juez— por razones múltiples que se han de analizar; y, por otro lado, en armonía la proliferación de nuevas estructuras cooperativas y consensuales de normatividad, impulsada por la voluntad de las partes —contratos y acuerdos procesales—, aunque de común integradas por la autoridad jurisdiccional.

Así planteada la temática, el objeto de estas reflexiones conducen a indagar y, a la postre, tratar de responder el interrogante acerca de si el proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de 2019 responde, y en qué medida, a dichas premisas y factores relevantes. En ese camino, se analizaran: a) la regulación de los deberes de jueces y partes; b) la novedosa previsión de los acuerdos procesales y sus consecutarios derivados de la contractualización; y c) como cierre, las

perspectivas de un nuevo paradigma colaborativo de administración de justicia concertado bajo el control del juez, inserto en una concepción cooperativa del proceso.

II. Reafirmación (y acentuación) del publicismo en el proyecto ministerial de 2019

De los principios contenidos en el Título preliminar —en especial, el objeto del proceso y la interpretación de sus normas (artículo 1), la dirección encomendada al juez (artículo 3), el impulso oficioso (artículo 9), el marco de transparencia y publicidad (artículo 8)— y de las reglas concomitantes previstas, entre otras, en orden a las potestades sancionatorias (artículo 16) y en especial los extendidos contenidos de los deberes del juez (artículo 45), se puede colegir, sin atisbo de duda, que la iniciativa ministerial reafirma de modo contundente el sistema publicista. Sin menoscabo, claro, del principio de iniciativa, aportación y derecho de contradicción que incumbe a las partes interesadas (artículo 4).

II.1. Reconfiguración de las misiones del juez

Y aún profundiza y dilata el papel protagónico del juez, convirtiéndolo en verdadero “activista”, en todos aquellos casos típicos de la justicia de “acompañamiento”, como los que involucran a personas en situación de vulnerabilidad a las que debe proteger tomando acciones positivas a su alcance —artículo 45, ap. h—, inclusive controlar el cumplimiento de las sentencias que reconocieran sus derechos (artículo 45, ap. v). Se considera tales a quienes se identifica ya sea por edad, salud, género, origen, recursos económicos, etc. (ap. cit.).

Más genéricamente, en cuanto le impone asegurar a las partes la igualdad real de oportunidades, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio o coloquen a una de ellas en situación de inferioridad jurídica (artículo 1, primer y segundo apartado, Título preliminar; artículo 45, ap. b).

La reconfiguración del rol del juez en los procesos de la jurisdicción protectora constituye derivación, en realidad, de las mandas constitucionales del artículo 75 inciso 23, en correlato con el derecho de las convenciones humanitarias y, en particular, de las 100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad. Y también, con no menos significancia, del paradigma protectorio consagrado por el Código Civil y Comercial (CCiv. y Com.) y la Constitución Nacional (CN) (artículos 51, 59, 249, 48, 49, 50, 1092 y ss.).

En el desbrozamiento de tales atribuciones destacan el deber de “conducir el proceso activamente” (artículo 45, ap. c); asistir y dirigir personalmente las

audiencias (ap. d), ordenar fundadamente las medidas de prueba necesarias para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes (ap. m), y en cuanto al cumplimiento de los mandatos judiciales, imponer medidas coercitivas o sanciones pecuniarias compulsivas a las partes (artículo 47). En contrapartida, el incumplimiento reiterado de los propios deberes judiciales será considerado falta grave, con las consecuencias del artículo 46.

II.2. Los deberes acrecentados a cargo de las partes

A) *Lealtad, buena fe y veracidad*. El proyecto enarbola el principio cardinal de lealtad, buena fe y veracidad —deber de decir verdad— (artículo 6). Actuar con lealtad y buena fe, colaborar con el desarrollo del proceso, evitar conductas dilatorias, son deberes impuestos a las partes (artículo 15, incisos a y b). Al igual que evitar alegaciones o defensas carentes de fundamentos, lo que puede lindar con la temeridad (inc. d). Deben declarar sobre las cuestiones de hecho en forma concreta y adecuada a la verdad (inc. c). Han de cooperar, asimismo, en la efectiva y adecuada producción de las pruebas (inc. e).

A su vez, conforme al artículo 17, se considerará abusiva toda petición contraria a la finalidad de la norma procesal invocada o cuando se excedan los límites impuestos por la buena fe, la moral o las buenas costumbres. El juez evitará el ejercicio abusivo del derecho o una situación procesal abusiva. El abuso procesal declarado, por acción u omisión, podrá determinar la privación de los efectos del acto abusivo (artículo 126).

Ahora bien, el incumplimiento de los deberes del artículo 15 faculta al juez, en cualquier etapa del proceso, a imponer a la parte responsable una multa graduada en función de la denominada unidad de medida procesal (UMP —artículo 303—). La decisión se dictará respetando la garantía de la defensa, en forma fundada y atendiendo el principio de proporcionalidad. En este sentido, el juez estimará las circunstancias del hecho de que se trate, así como la afectación a la credibilidad de la justicia o los perjuicios que a la otra parte se hubieren podido causar. Se ponderrá entre otras circunstancias la deducción de pretensiones, defensas, oposiciones o interposición de recursos cuya falta de fundamento no se pueda ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad o encuentre sustento en hechos ficticios o irreales o que manifiestamente conduzcan a dilatar el proceso. Por lo demás, la violación de tales deberes constituye una presunción contraria a la parte que omita colaborar (artículo 16).

La genérica inconducta procesal deviene igualmente relevante en punto a la imposición de las costas. Así, la condena en costas en supuestos de pluspetición

inexcusable (artículo 314), o por actitud dilatoria que frustre o demore la realización de las audiencias (artículo 311), o en caso de peticiones o defensas manifiestamente infundadas, con prescindencia del resultado del proceso principal (artículo 312). Todavía resalta en este cuadrante la norma innovadora del artículo 317, en virtud de la cual el abogado podrá ser condenado en costas solidariamente con la parte cuando surja manifiestamente la mala fe en su actuación profesional.

En otros supuestos, el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio dan sustento a la indemnización de los daños y perjuicios a favor de la contraria. Además del supuesto típico de las medidas cautelares (artículo 165), se prevé especialmente en el proceso urgente, cuando el juez considera que la medida ulteriormente revocada fue obtenida sin derecho o con abuso de derecho (artículo 439).

B) Colaboración procesal. El proyecto estatuye el principio de colaboración procesal por virtud del cual las partes, el juez, los terceros y aquellos cuya participación se requiera, deben cooperar para obtener, en tiempo razonable, una justa solución del conflicto. Su incumplimiento injustificado por una de las partes, se puntualiza, generará un indicio en su contra (artículo 10). Entre otros supuestos, el deber de colaboración se impone desde la etapa previa de preparación del proceso, en el marco de las diligencias preliminares, donde si la persona citada o requerida no cumpliere sin justa causa la diligencia ordenada, diere informaciones falsas o destruyere u ocultare los instrumentos o cosas cuya exhibición o prestación se le hubiere requerido, podrá ser sancionado con multa, sin perjuicio de la imposición de sanciones conminatorias (artículo 201). En los escritos constitutivos de demanda y contestación, las partes deben suministrar su versión respecto de los hechos de modo veraz, atendiendo al deber de decir verdad (artículos 402, inc. d; 418, inc. a y sus concordantes). Correlativamente, el juez podrá interrogar libremente a las partes sobre las cuestiones que se ventilan, teniendo las partes el deber de decir verdad (artículo 236) y pronunciarse con amplitud respecto de todos los hechos pertinentes controvertidos (artículo 428, inc. c). Asimismo, en el trámite de ejecución de sentencia, existiendo condena al pago de cantidad ilíquida, al sustanciarse la liquidación se intimará a la obligada a presentar una declaración jurada de bienes suficientes para satisfacer el monto de la condena; si se omitiere la declaración o no se aportare la información requerida, demostrándose que el ejecutado contaba con tales bienes, se la impondrá una multa del 20% de su monto (artículo 530).

II.3. La impronta publicística del proyecto

En el eje conductor que se sostiene en los principios del Título preliminar y los artículos 45, 15, consecuentes y concordantes, ya mencionados, se perfila claramente

la impronta publicística de la función social, que colorea todo el ordenamiento proyectado. Y, en paralelo, el abandono definitivo de la superada fórmula de la “neutralidad” del juez, propia de la concepción individualista —“privatista”— del proceso. Aquella dimensión ideológica publicística incide directamente sobre el modelo procesal adoptado, reflejándose en diversos de sus elementos configurativos, en especial sobre sus fines y objetivos. En el Estado Constitucional de Derecho el proceso civil se concibe como instrumento adecuado para el logro de la efectividad de los derechos sustanciales. La constitucionalización de las garantías procesales (1) ha operado la máxima consolidación, o el punto de llegada de la concepción publicística del proceso civil (Taruffo, 2009a, p. 197). La tutela judicial eficiente, con sus correlatos, pasa a integrar el “núcleo duro” de la Constitución y las convenciones transnacionales; y ello incide en los fines del proceso que, ahora, también debe satisfacer puntualmente los derechos fundamentales y aún los convencionales, que provienen de los tratados sobre derechos humanitarios. El compromiso consiste, en el nuevo escenario, en instrumentar el proceso civil de modo que resulte accesible a todos, rápido y sin demoras excesivas, con costos razonables y capaces de satisfacer adecuada y concretamente las necesidades de tutela de todos los ciudadanos. Un régimen de enjuiciamiento civil, en suma, adecuado con el modelo constitucional del proceso (Zagrebelski, 2016) (Zanetti, 2007, pp. 44 y ss.) (Marinoni, 2006, pp. 451 y ss.).

El artículo 1 del proyecto interpreta cabalmente dicho sentido del objeto y fines del proceso en el Estado contemporáneo al enfatizar la observancia de los fines sociales del enjuiciamiento y las exigencias del bien común, para procurar el afianzamiento de la tutela judicial efectiva. Ello mediante un proceso de duración razonable que asegure a las partes igualdad de oportunidades para la defensa de sus derechos. Con la connotación relevante, todavía, de la especial tutela que se concede para los casos de personas en situación de vulnerabilidad (apartado primero *in fine*). La propia metodología del ordenamiento que se proyecta confirma la impronta que privilegia a quien acude en busca de una respuesta a la justicia. El primer capítulo se dedica a los derechos, deberes y cargas de las partes, en lugar de regular lo concerniente al órgano jurisdiccional.

III. El ámbito ampliado de la autonomía de la voluntad y la apertura hacia la contractualización y los convenios procesales

Ahora bien, sin poner en cuestión el carácter público del proceso civil, el proyecto introduce una innovación trascendente al consagrar un espacio de reserva

(1) Morello, A. M. (1998). *Constitución y proceso. La nueva edad de las garantías jurisdiccionales*. La Plata: LEP, *passim*. Comoglio, L. P. (1994). I modelli di garanzia costituzionale del processo. En *Studi in onore di Vittorio Denti*, Cedam, Padova, v. I, pp. 297-381. Andolina, I. y Vignera, G. (1994). *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli ed., pp. 13 y ss.

al juego de la autonomía de la voluntad para intervenir, bajo ciertas condiciones, en la configuración de las reglas formales. Se trata de colaborar en el logro del fin del proceso dentro de ciertos márgenes delimitados, precisamente, por las formas esenciales e indisponibles, que lo nutren y caracterizan. El contrato, el acuerdo y el negocio en general se ven ahora potenciados como una verdadera fuente normativa, para converger con el Estado legislador (2).

Bien entendido, todavía, que la creciente valorización de la participación de las partes en la configuración normativa del proceso no implica un retorno, a esta altura insostenible, a la anacrónica concepción individualista del “proceso de partes”. No está en discusión el publicismo ni el exponencial incremento de los poderes-deberes del juez, en especial aquellos de dirección, comando y gestión del procedimiento tanto como la asunción oficiosa de las pruebas. Pero ahora se generan diversos factores gravitantes para el equilibrio del sistema. Anidan centralmente en la *flexibilización* del principio de legalidad de las formas (3) y la más relevante participación de las partes. No solo en vía del reforzamiento del contradictorio —sustancial y no exclusivamente formal—, sino además por el poder que se les atribuye para contribuir con sus acuerdos voluntarios en la propia “modelación” de los mecanismos de juzgamiento. Si es exacto que el proceso judicial tiende a asegurar la realización de los intereses protegidos por el derecho sustancial, por qué no recuperar los espacios de utilidad de la cooperación espontánea de los propios interesados, habilitando la convergente disciplina procesal de algunas de las relaciones procesales de aquellos (Caponi, 2014, pp. 359 y ss.).

III.1. Los acuerdos procesales en el proyecto de CPCN

Entre los pilares estructurales de la iniciativa legislativa, tributarios todos del objetivo central de asegurar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y sus corolarios, enfatizados en los Principios que consagra en el Título Preliminar (artículo 1 y ss.), se destaca la concepción de los acuerdos procesales regulados en el artículo 14.

La línea definitoria reconoce a las partes el derecho de celebrar los mentados acuerdos con el objeto de que puedan “determinar una modificación de las normas procesales”, en relación a los procesos donde se debatan derechos disponibles, y supeditado a que “no concurriera una inobservancia del orden público” (artículo citado, primer apartado). Tales acuerdos podrán adecuar el alcance de

(2) Caponi R., 2014, pp. 359 y ss. Seguimos en adelante esta última versión. Asimismo, Canella, 2012, pp. 155 y ss.; Cabral, 2016, pp. 106 y ss.

(3) Cadiet, 2016a, pp. 596 y ss.; Caponi, 2016, pp. 596 y ss.; Lucon y otros, 2016, pp. 596 y ss. en *Processo em Jornadas*, coord., Salvador: Ed. Jus Podivim.

las cargas, facultades y deberes procesales de las partes (apartado segundo). El juez controlará la validez de los acuerdos, de oficio o a requerimiento de parte, debiendo negar su aplicación en los casos en que lo pactado resulte nulo, suponga un abuso del derecho o importare el sometimiento a un contrato de adhesión (apartado final).

Puede encontrarse la filiación del mentado artículo 14 en las normas del derecho francés (4) y, especialmente, en el artículo 190 del CPC brasileño de 2015, que reproduce en lo esencial. De ahí la significancia que cabe acordar a los debates doctrinario que lo precedieron (5) y ahora a las opiniones de sus comentaristas (6), no siempre concordantes. Bien que cabe resaltar la mayor amplitud de la regulación del ordenamiento de 2015, que estatuye especialmente sobre la fijación de calendario para las prácticas de los actos procesales (artículo 191). Asimismo, se prevé la potestad de las partes para, por libre convención y hasta saneamiento del proceso, modificar o alterar el pedido y la causa de pedir, asegurando el contradictorio (artículo 329, II). Y todavía, lo más trascendente, se admite igualmente la delimitación consensuada de las cuestiones controvertidas de hecho y de derecho para la decisión de mérito. Se amplía por ende el poder de disposición de las partes, pero el acuerdo que pueda lograrse en la etapa inicial de la fase saneadora del proceso debe ser homologado por el juez (Arruda, 2015, pp. 627 y ss.), con lo que en adelante vincula tanto a las partes como a este (artículo 357§, párrafo 2).

(4) Cadiet, L., *Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y la justicia en Francia*, *Civil Procedure Review*, v. 3, N° 3, pp. 3 y ss. El contrato ha devenido en instrumento de gestión de la instancia y herramienta de política pública: Cadiet, L., *La tendance a la contractualisation de la justice et du proces*, *RePro*, São Paulo, 2016, N° 261, pp. 117 y ss. La tendencia a la contractualización se ha extendido notoriamente en Francia, en especial a partir de la ley “Macrón” de 2015 (ob. cit., pp. 127 y ss.).

(5) Barbosa Moreira, J. C., *Convenções das partes sobre matéria processual*, *Temas de Direito Processual, Terceira Série*, Saraiva, São Paulo, 1984, pp. 87 y ss.; *id.*, *Privatização do processo?*, en *Temas de Direito Processual*, 7ª. Série, Saraiva, São Paulo, 2001, pp. 7 y ss. Xavier Cabral, T. N., *Convenções em matéria processual*, *RePro*, São Paulo, 2015, N° 241, pp. 489 y ss.; *id.*, *Poderes do juiz no novo CPC*, *RePro*, São Paulo, 2012, v. 208, pp. 275 y ss. Didier, Jr. F., *Cláusulas gerais processuais*, *RePro*, São Paulo, 2010, N° 187, p. 80 y ss. Cabral, A. do Passo, *Convenções processuais*, ob. cit., *passim*.

(6) Arruda Alvim, T. y otros, *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, *Rev. dos Trib.*, São Paulo, 2015, pp. 351-357. Marinoni, L.G., Arenhart, S.G. y Mitidiero, D., *Novo curso de processo civil*, *Rev. dos Trib.*, São Paulo, 2015, v. 1, pp. 522 y ss. En general se vienen conformando dos líneas de pensamiento: una parte de la doctrina postula una visión restrictiva, de cierta desconfianza a la privatización, enfatizando la función de control de las convenciones y en especial los poderes inherentes a la jurisdicción que no se admite sean infringidos (Marinoni, L.G., Arenhart, S.G. y Mitidiero, D., ob. cit.). Desde otra perspectiva, en cambio, se defiende una mayor amplitud de la operatividad de los convenios a partir del incremento del valor otorgado a la autorregulación de la voluntad en el proceso, tratándose de derechos disponibles (Cabral, A. do Passo, *Convenções processuais*, ob. cit.). Conf.: Abreu, R. S. de, *Customização processual compartilhada*, *RePro*, São Paulo, 2016, n. 257, pp. 51 y ss.

Opera de ese modo el “saneamiento en cooperación” (Cabral, 2016, pp. 122-123). Sin embargo, lo acordado por las partes en punto a los medios de prueba no puede impedir el ejercicio de los poderes del juez para esclarecer la verdad de los hechos relevantes mediante medidas de instrucción oficiosa (artículo 370).

En definitiva, el proyecto ministerial de 2019 ha optado —como, quizás, en otras instituciones novedosas incorporadas— por la consagración principista de la virtualidad de las convenciones procesales en el artículo 14, en un marco abierto, suficientemente comprensivo para albergar los diversos acuerdos que puedan celebrar las partes para los fines señalados, bajo el contralor judicial que garantice la validez de los mismos. Se ha buscado un punto de equilibrio razonable entre el componente publicístico y el concomitante principio de legalidad de las formas, por un lado, y las concesiones a la voluntad de las partes en la común tarea de la articulación de los procedimientos para su más apropiada gestión. Un compromiso, como se ha señalado, entre la rigidez y la flexibilidad (Cadiet, 2016a, pp. 596 y ss.; Caponi, 2016, pp. 596 y ss).

El desarrollo de las pautas recogidas en el artículo 14 del proyecto conduce al análisis de, al menos, tres aspectos viscerales: a) los presupuestos de existencia, validez y eficacia de los acuerdos procesales y b) la distinción entre negocios típicos y atípicos y, dentro de estos, la viabilidad de algunos de ellos; c) los alcances y límites del control judicial de validez.

a) Presupuestos de existencia, validez y eficacia

Como se desprende del proyectado artículo 14, los acuerdos procesales tienen por objeto determinar una modificación de las normas procesales, con la finalidad de adecuar el proceso a las particularidades del conflicto especificando el alcance de las cargas, facultades y deberes procesales de las partes. Son condiciones de validez que los procesos en cuestión versen sobre derechos disponibles y, naturalmente que se celebren entre partes capaces ante juez competente. Constituye presupuesto de fondo el que “no concurriera una inobservancia del orden público”. Se conforman, de ese modo genéricamente los negocios procesales.

b) Acuerdos procesales atípicos

A su vez, condición similar corresponde atribuir a otras convenciones previstas de modo expreso, como —*vg.*— la prórroga de la competencia territorial (artículo 51), el acuerdo sobre plazos dilatorios (artículo 111), la cláusula de sujeción a juicio arbitral (artículo 627), o de proposición bilateral de la demanda (artículo 408), etc.

Fuera de ello, en el marco genérico del artículo 14 cabe encuadrar todavía ciertas convenciones especiales; entre otras y no taxativamente: las que versan sobre prueba, las que estatuyen sobre alcances y limitaciones a la autonomía de la voluntad en los contratos de consumo, en el juicio ejecutivo y en la ejecución forzada de la sentencia. Es menester analizarlas con detenimiento.

1) *Cláusulas contractuales sobre adjudicación de la carga probatoria*

En general, deben considerarse válidas las convenciones sobre adjudicación o inversión del *onus probandi* (Arazzi y Rojas, 2015, p. 571), empero tales cláusulas quedan sometidas a una rigurosa interpretación (Falcone, 2006, p. 669). Sin embargo, el artículo 37 inc. c) de la ley 24.240 declara no escritas las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. Como regla lo son aquellas que están contenidas en contratos con cláusulas generales predispuestas cuando resultan abusivas (artículo 988, CC y CN). En esa línea se inscribe el artículo 51 del proyecto.

Asimismo, el valor de las cláusulas probatorias en los procesos ambientales está sujeto a condiciones específicas, en atención a la propia naturaleza de los bienes que se tutelan (Kemelmajer de Carlucci, 2015, p. 497).

De todos modos, en los pactos sobre carga probatoria deben considerarse nulas a las cláusulas contractuales que restringen la apreciación judicial y el ejercicio de los poderes instructorios, en tanto suponen una intromisión ilegítima en la actividad del juez en demérito en definitiva de la garantía del debido proceso (7).

2) *Limitaciones a la autonomía de la voluntad. Irrenunciabilidad de los trámites esenciales del juicio ejecutivo*

Algunas normas excluyen del ámbito de disponibilidad negocial de las partes ciertos trámites considerados esenciales en el proceso. Así, tratándose de juicios ejecutivos, son irrenunciables y por ende inválidos los pactos de renuncia de la intimación de pago, la citación para oponer excepciones que autoriza la ley y la sentencia (artículo 543, CPCN). Se trata de asegurar las garantías mínimas del debido proceso. Principio que se replica en el artículo 466 del proyecto, si bien no se incluye la renuncia a la sentencia, sin expresarse razones valederas. En cambio, resulta válida la convención que incluye la renuncia del derecho a apelar, o la fijación de la base para la subasta de los bienes, la designación de martillero por el acreedor, y aún la adjudicación del bien en caso de fracaso de la venta. Así, por ejemplo, en el régimen de ejecución de los contratos prendarios (artículo 2229, CCiv. y Com. y CN: decreto-ley 15.438/1946, 1946 y modif., artículos 31, 33).

(7) En relación al derecho brasileño: Marinoni, L.G. (2019). *A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil*. RePro, v. 288, febrero.

3) *Cláusulas de competencia en los contratos de consumo*

Conforme el artículo 36 de la LDC, será competente para atender en los litigios relativos a contratos de consumo el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario. La incompetencia territorial en estos supuestos puede ser declarada de oficio (8). Así, dicha norma prevalece sobre las previsiones de la ley de prenda con registro (artículo 28, decreto-ley 15.348/46 y modif., t.o. decreto 897/1995), de modo que carecen de operatividad las cláusulas contractuales que confieren opción al ejecutante para accionar ante el juez de un domicilio que no sea el del deudor (9).

4) *Cláusulas sobre carga de la prueba en los contratos de consumo*

El artículo 37 inc. b) de la ley 24.240 declara no escritas las cláusulas que importen renuncia o restricciones de los derechos de los consumidores o amplíen los derechos de la otra parte; y según el inc. c) igual suerte corren aquellas previsiones que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. Concordantemente, lo son aquellas que están contenidas en contratos con cláusulas generales predispuestas, cuando resultan abusivas (artículo 988, CCiv. y Com. y CN). En esa línea se inscribe el artículo 51 del proyecto.

Como pauta general, en el análisis de la validez de las cláusulas contractuales que rigen relaciones de consumo, corresponde procurar la articulación de las normas sustantivas y procesales de modo armónico con las disposiciones de la ley de defensa del consumidor (10); y aún, ante la duda, deberá primar la inteligencia más favorable para el consumidor, como expresión del *favor debilis*. De ahí que corresponde tener por no convenidas las cláusulas instrumentadas mediante un contrato prendario de adhesión, que autorizaba el trámite del secuestro sin previa audiencia del deudor en una relación de consumo (11).

5) *Ejecución forzada de la sentencia*

En la doctrina brasileña se debate la cuestión central de si las partes pueden, por convención procesal, restringir las potestades ejecutivas coercitivas y de otro tipo que corresponden al órgano judicial, para el efectivo cumplimiento de los

(8) CSN Fallos, 340:905, entre otros. SCBA, 3-9-2014, C. 17.245, entre otros.

(9) SCBA, Ac. 109.305, 1-9-2010, voto Dr. Hitters, entre otros; CN Com. 29-6-2011, La Ley, 2011-D, p. 421.

(10) SCBA, 14-8-2019, causa Ac. 121.684, "Asociación Mutual Asís", entre otros.

(11) Fallos, 342:1104.

pronunciamientos (artículos 139, V, 297 y 536, § 1, CPC). Lo que es lo mismo, si cabe admitir una ejecución “negociada” (12).

En ese sentido, los acuerdos no pueden impedir las sanciones judiciales por los ilícitos procesales relacionados al incumplimiento de las decisiones y a la obstaculización de la actividad ejecutoria (artículos 77, IV y 774, CPC). Empero son admisibles la renuncia a las multas procesales coercitivas —*astreintes* y otras—, o la limitación de su monto. También, la convención que excluya algunas medidas ejecutivas o las restrinja —por ejemplo, suspensión de las actividades empresarias—. O aquella por las que se crea por acuerdo medidas ejecutivas atípicas (Didier y otros, 2017, pp. 266-268).

En este delicado terreno, no puede perderse de vista que el propio interés público del proceso brinda sustento a ciertos límites y condicionamientos infranqueables a la ejecución directa patrimonial. No solamente los genéricos derivados del principio general de razonabilidad o proporcionalidad, sino además los que provienen del necesario resguardo de los derechos del ejecutado a la indemnidad de ciertos bienes primarios esenciales de la persona. Todo lo cual supone priorizar los fines sociales del proceso civil. En el balance ha de prevalecer la búsqueda de un equilibrio razonable de los legítimos intereses en confrontación, en un área en que el paradigma de la publicización del proceso apuntala a un mismo tiempo, el empeño por la satisfacción plena del mandato jurisdiccional en tiempo razonable, cuanto los límites y el imperativo no menos atendible de no dañar innecesariamente al deudor. Se trata de conjugar armoniosamente ambos principios, lo que supone equilibrar finalidades públicas e intereses privados que se cobijan en el mandato judicial que se persigue cumplir.

c) Alcances y límites del control judicial de validez

Corresponde al juez controlar, a requerimiento de parte y aún de oficio, la validez de las convenciones en confrontación con el orden público procesal, concepto general abierto, que confluye en las denominadas garantías sustantivas, el “núcleo duro” de la tutela judicial efectiva. En primer lugar, la igualdad y, en su caso, la igualación de las partes por virtud del paradigma protectorio, para la tutela de los derechos de las personas o grupos en condición de vulnerabilidad. Segundo, el procedimiento adecuado, con plena observancia del contradictorio, que asegure el debido proceso legal. Tercero, el derecho a un pronunciamiento fundado recaído en tiempo razonable. La inobservancia o el desmedro, en el pacto o negocio procesal, de cualquiera de dichas garantías, impone al juez su rechazo

(12) Didier, Jr. F. y otros, *Directrizes para concretização das cláusulas gerais executivas...*, RePro, v. 267, 2017, pp. 227 y ss., especialmente pp. 266 y ss. Didier, Jr. F. y Cabral, A. do Passo, *Negócios jurídicos processuais atípicos e execução*, RePro, v. 275, 2018, con amplia remisión a la doctrina alemana.

negándoles eficacia y, eventualmente, la declaración de su nulidad. Aun cuando el acuerdo incida exclusivamente sobre las posiciones procesales de las partes no puede convalidarse la renuncia a derechos fundamentales sustentados en normas imperativas (13).

En definitiva, la permisión para que las partes dispongan libremente de las reglas procesales no puede ser absoluta. Dependerá de la capacidad plena de las partes y de la disponibilidad del objeto litigioso del proceso. A medida que aumentan los deberes de la jurisdicción, disminuye el espacio reconocido a la voluntad de las partes. De ahí que, por ejemplo, no sean homologables los acuerdos que menoscaben la razonable duración del proceso, o que afecten la distribución de la competencia, o limiten los poderes jurisdiccionales para la conducción y decisión de la causa, o excusen el obrar temerario o malicioso (14).

La tendencia a la “privatización” del proceso, que se trasunta, entre otros aspectos, en la ampliación de la posibilidad de acuerdos procesales, apunta tan solo a la jurisdicción dirimente para la solución de los conflictos entre partes (15). Sin embargo, en el Estado Constitucional de Derecho se adjudica a la jurisdicción fines y funciones mucho más amplios y relevantes —decir el *ius constitutions*, la jurisdicción protectoria—. De ahí que se propugne tomar con cautela la tendencia a la “contractualización” del proceso, a fin que no se lo convierta en mero instrumento privado de solución de los conflictos. Bien que reconociendo que lo ideal está constituido por el logro de un punto de equilibrio donde se pueda prestigiar la autonomía de las partes, sin negar al proceso su función de tutela de los derechos en la dimensión de la Constitución (16).

Bajo ese encuadre, no pueden negarse sin embargo los avances que supone sustituir progresivamente el modelo estático tradicional, centralizado y “legalista”, por un nuevo paradigma de administración concertado bajo el control del juez,

(13) Sobre el clásico distingo entre normas procesales imperativas o impositivas y aquellas meramente dispositivas: Chiovenda, G., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1954, trad. Gómez Orbaneja, v. I, pp. 87 y ss.

(14) Marinoni, L.G., Arenhart, S. C. y Mitidiero, D., *Novo Curso...*, ob. cit., pp. 527-528 y ss., con especialmente referencia al derecho brasileño. Es que existe un orden público mínimo o irreductible que incluye la protección de los derechos fundamentales (Cadiet, L., *L'equilibre...*, ob. cit., pp. 604-606). Cabral, A. do Passo, *Convenções processuais...*, ob. cit., pp. 315 y ss.

(15) Barbosa Moreira, J.C., *Privatizacao do processo?*, ob. cit., pp. 7 y ss. Sin embargo, la contractualización se extiende al reglamento de los procesos colectivos: Cadiet, L., *La tendance...*, ob. cit., pp. 121-122.

(16) Marinoni, L.G., Arenhart, S.C. y Mitidiero, D., *Novo Curso...*, ob. cit., pp. 532, 533.

que se inserta en una más amplia concepción cooperativa del proceso (17). En definitiva, la propuesta de una equilibrada extensión de la autonomía privada en la conformación de algunas de las relaciones procesales de las partes, sin mengua de las normas imperativas que persiguen el objetivo de la justa y oportuna composición del conflicto y de las potestades judiciales inherentes (Caponi, 2014, pp. 362 y ss. y 374-375.).

IV. La perspectiva de un nuevo paradigma: el proceso colaborativo, derivación de la concepción política del Estado Democrático de Derecho

El proyecto de 2019 constituye una avanzada significativa en el tránsito hacia un nuevo modelo de proceso colaborativo. En el marco de los arbotantes del principio dispositivo —artículos 3, 4, 5 y conc.—, enfatiza los poderes del juez en el comando e instrucción de la litis —artículos 3, 9, 45 y conc.— al propio tiempo que, innovadoramente, se refuerzan los deberes de buena fe, lealtad y veracidad de las partes —artículo 6 y conc.—, con el correlato de la prohibición y sanción del abuso procesal —artículo 17 y conc.—. Hasta aquí, podría considerarse, el perfil típico del proceso tradicional y la ratificación del rol central del órgano jurisdiccional.

La cuña de quiebre viene introducida por la imposición como deber genérico de las partes y demás participantes, incluyendo al juez, de cooperar para el logro del objeto del proceso —artículo 10—, desgranado en la exigencia de la actuación leal y de buena fe y en la colaboración en su desarrollo —artículo 15, a), b), c) y conc.—, bajo severas sanciones pecuniarias y, aún, la consagración reiterada de una presunción contraria a la parte omisa —artículo 16—. En correlato con ello, que constituye la base de sustentación de un modelo colaborativo, se auspicia la celebración de acuerdos procesales impulsados por las partes que puedan contribuir a adecuar el trámite a las particularidades del conflicto y, con ello, a la más justa y pronta resolución del conflicto, bajo escrutinio del juez.

El diseño de la iniciativa, así sucintamente expuesto, sugiere cuanto menos algunos interrogantes centrales: a) aun resultando trascendente la consagración del deber de colaboración con sus consecretarios y la admisión expresa de los convenios procesales, ¿resulta suficiente para instalar el cambio cultural apetecido?; b) ¿estas reformas implican una situación de tránsito hacia un paradigma más complejo, cual es la consagración del denominado principio cooperativo, o se agotan en su formulación en los límites de su propia textualidad?

(17) Cadiet, L., *La tendance...*, ob. cit., p. 137. En el mismo sentido, en perspectiva histórica: Oteiza, E., *Autonomía de la voluntad, cooperación e igualdad en el proceso civil en Derecho y proceso*. Francisco Ramos Méndez (*Liber amicorum*), Atelier, Barcelona, 2018, v. III, pp. 1895 y ss.

IV.1. Quid de la superación de los condicionantes culturales

Es bien sabido que el sano empeño para inducir la incorporación de instituciones novedosas al quehacer tribunalicio no puede desentenderse ni subestimar la existencia entre nosotros de una fuerte cultura tradicional del “litigio”. Viene siendo pertinazmente refractaria, por razones múltiples, a la admisión de prácticas diversas y de algún modo opuestas a las que integran aquel modo de ser y actuar cristalizado y a la postre infecundo. De lo que se trata, entonces, es de pujar para permear y transformar una cultura para sustituirla por otra de signo diferente —una verdadera contracultura—. El interrogante central, parécenos, consiste en develar si una y otra son de perfil opuesto, excluyentes, o si pueden articularse, acoplarse, sin renuncia de los valores esenciales que anidan en la función jurisdiccional. En este punto habrá que convenir que los componentes publicístico y privatístico no son excluyentes en el proceso civil, de modo que cabe sean compatibilizados.

Para articular con éxito en nuestro ordenamiento procesal un esquema como el que diseña el proyecto de 2019, habrá que afrontar una vez más el gran desafío que supone la transformación de la cultura del pleito. Primero se lo intentó tíbilmente con la incorporación, saludada esperanzadamente al sancionarse la ley de 1967, de la demanda bilateral de proposición conjunta (artículo 336) —ahora reeditado con flaqueza en el proyectado artículo 408—. Desde entonces ha sido “letra muerta”. Después fue el fallido experimento de la mediación de los intereses que, no obstante su descalificación principista (Taruffo, 2009b, pp. 113 y ss.; Fiss, 2007, pp. 131 y ss.) y su fracaso práctico (Giannini, 2017, pp. 710 y ss.), ha tenido el mérito al menos de comenzar a generar conciencia sobre la existencia de otras formas de resolver las disputas.

La contractualización y los acuerdos procesales proponen esperanzadamente un camino diverso, tratando de incidir en el propio proceso civil para mejorar su marcha y el contenido de las decisiones, en conexión con los propósitos comunes de simplificar, acelerar y resolver en tiempo útil.

Más de medio siglo después, el sabor amargo que aún perdura de la fallida experiencia emblemática de la proposición bilateral de la demanda define, como ninguna otra defección, el estado de situación actual. Es menester imaginar mayores y más incisivos estímulos para impulsar a los interesados por la senda de una contracultura diferente y superadora, que asiente en la cooperación de buena fe, sin reservas ni flirteos.

Las sanciones pecuniarias y las presunciones que derivan del incumplimiento de los deberes de buena fe, lealtad y colaboración van en ese sentido. Habrá que ver si resultan suficientes en su aplicación cotidiana.

IV.2. ¿En tránsito hacia el proceso colaborativo? La irradiación de la democracia participativa

La eterna confrontación entre el ámbito y los márgenes que en el diseño de las instituciones —no solo jurídicas ni procesales, sino principalmente políticas, económicas y sociales— corresponde a lo público y, en contraposición, a lo privado, remite al terreno siempre conflictivo de las ideologías, o si se prefiere, más asépticamente al de los valores y principios y aún las opciones morales. El debate sobre las políticas públicas constituye el ámbito en que afloran las disputas. Las ideologías en sus distintas vertientes influyen de modo decisivo sobre el fenómeno jurídico en general y en el proceso judicial en particular. La estructuración del proceso, instrumento al servicio de finalidades y objetivos de política jurídica, depende de elecciones que en esencia son ideológicas o valorativas. Ideas que Cappelletti esclareció magistralmente y Couture ilustró cuando afirmaba que el código procesal no es una especulación académica sino una obra política, porque el proceso es una idea teleológica.

El ideario contemporáneo del Estado Democrático de Derecho se nutre de la concepción política de la democracia participativa, que se irradia novedosamente al propio poder jurisdiccional. Se denota, entonces, por derivación si se quiere, la potencialidad institucional del Poder Judicial que, una vez impelido —por el ejercicio de la acción o pretensión—, se torna un espacio privilegiado del discurso democrático, un “motor de democracia” participativa. El proceso civil pasa a ser entendido, entonces, como un modelo normativo basado en la institucionalización de procedimientos democráticos, y aún un paradigma cooperativo de administración de justicia. La participación protagónica del juez junto con la que, con igual rango, se adjudica a las partes colocadas en posición de recíproca paridad, confluyen en un debate bajo reglas de transparencia para desembocar en la justa decisión del conflicto. Con lo que la actividad del juez, y aún el activismo procesal creativo, vienen a contribuir no solo a la legitimación democrática de aquellas decisiones, sino también a la del propio poder jurisdiccional.

De su lado, el principio constitucional del contradictorio adquiere ahora una nueva dimensión, como soporte de la democraticidad del procedimiento. Se entiende como una garantía de participación en sentido sustancial, no solo formal, concretándose en el derecho que se reconoce a cada una de las partes a influir en la formación de las decisiones, en el resultado de la jurisdicción. A su vez y como correlato, todos los pronunciamientos judiciales deben ser fundados, sustancialmente justificados; y desde luego, no pueden ser sorpresivos. La dimensión sustancial del contradictorio supone reconocer a las partes no solo el derecho de hablar sino el de ser oídas. En su significado más profundo expresa, en realidad, la exigencia general y constante de controlabilidad sobre el modo cómo el juez

ejerce el poder conferido por el ordenamiento jurídico. Se trata del mismo poder de controlabilidad que en el Estado Democrático de Derecho corresponde al ciudadano y sus representantes, respecto de los actos políticos. En esa perspectiva, el contradictorio es el soporte y basamento nuclear a partir del cual se construye el concepto de proceso.

Las tradicionales visiones ideológicas contrapuestas del proceso civil se asentaban en la superada concepción decimonónica del proceso como relación jurídica, que emplazaba al juez en una posición de preeminencia en relación a la situación de sujeción de las partes. Precisamente de la crisis de esa concepción, que se contraponen a los postulados igualitarios que nutren y se irradian desde el actual Estado Democrático de Derecho, emerge un nuevo paradigma del proceso de matriz cooperativa y policéntrica, que se caracteriza y define como procedimiento en contradictorio.

El principio o máxima de *cooperación o colaboración*, originado en el derecho alemán, supone entonces una nueva y superadora concepción del fenómeno procesal, que es considerado como un proceso de comunicación, formación de opinión y decisión, que por definición es abierto, argumentativo y flexible, *cooperativo*, en suma. Desde esa perspectiva, el proceso consiste entonces en un discurso racional en el que el diálogo debe ser efectivo, basado en narrativas con pretensión de veracidad, claras y completas, de modo que se posibilite que las partes, actuando siempre de buena fe, puedan ejercer su libertad (realicen elecciones, ejerzan opciones) de modo adecuado, por ejemplo, realizando pedidos pertinentes y requiriendo la producción de pruebas conducentes y útiles. Es en ese contexto que se destacan los poderes del juez, que son de *colaboración (stricto sensu) o auxilio, de esclarecimiento, de información y advertencia, de debate y de indicación*. Bajo ese marco y con una renovada visión del fenómeno procesal, se torna posible a las partes —por medio de un tipo de conducta frente al proceso— *participar* en la gestión procesal (18). El proceso se torna entonces *cooperativo*.

Desde ese prisma ha sido entendido como un *tertium genus* entre los principios dispositivo e inquisitorio, una fusión entre ambos, o bien descrito como una actividad de asistencia o de conducción desempeñada por el juez, condicionada o paralela al ejercicio de ciertos derechos y deberes que corresponden a las partes (19). De algún modo, resulta funcional a un intento de superación de las visiones an-

(18) Greger, R., *Cooperação como princípio processual*, RePro, São Paulo, N° 206, 2012, pp. 123 y ss. Kochen, R., *Introdução as raízes históricas do princípio da cooperação...*, RePro, São Paulo, N° 251, 2016, pp. 75 y ss. Abreu, R.S. de, *"Customização procesual compartilhada"*..., RePro, São Paulo, 2016, N° 257, pp. 51 y ss.

(19) Kochen, R., ob. cit., p. 108. De Souza, A. C., *O princípio da cooperação...*, RePro, N° 225, 2013, pp. 65 y ss. Se trata precisamente de revalorizar la participación procesal de las partes: Cabral, A. do Passo, *Convenções processuais*, ob. cit., pp. 106 y ss.

titéticas clásicas. La doctrina brasileña ha trabajado insistente y fecundamente el tema (20), que ahora se recoge en el nuevo CPC de 2015, con singular relevancia sistemática (21).

Se trata sin duda de un estadio más avanzado y perfeccionado en la concepción del proceso común, un punto de arribada que pretende ser superador de antinomias tradicionales —privatismo, publicismo—. Una forma renovada en el intento, siempre latente, de articulación de los ámbitos de lo público y lo privado. Quizás sea tan solo una ilusión, pero no carece de sentido imaginar que el proyecto de 2019 nos conduzca, al cabo de su experiencia futura en la aplicación práctica, hacia un verdadero y propio proceso colaborativo.

V. Conclusiones

Algunas consideraciones a modo de epílogo:

El proceso civil, de incuestionada naturaleza pública, puede ser variadamente disciplinado por el legislador según diversos puntos de equilibrio entre los componentes privatísticos y publicísticos. De ahí que la historia de los modelos sucedidos en el tiempo, en todas las latitudes, refleja tales mutables equilibrios. Toda la regulación del proceso civil relativa a derechos disponibles depende de las elecciones de oportunidad del legislador, influenciadas por no solo las ideologías, principios y valores, las costumbres, los usos del foro y las capacidades contingentes de sus operadores llamados a gestionarlas, sino también y sobre todo por el diverso punto de equilibrio entre los aludidos componentes del proceso (Caponi, 2012, pp. 281 y ss.). Comenzando por la determinación de sus fines y objetivos y en correspondencia con ello, el rol de los jueces y la plaza de las partes, el modo en que se entrelazan y los respectivos ámbitos de su actuación. En síntesis, el deslinde entre lo público indisponible, en manos del juez, y lo privado propio en exclusividad o compartido con el juzgador; tanto como los límites y condicionantes de lo uno y lo otro.

(20) Dinamarco, C.R., *O novo Código de Processo Civil brasileiro e a ordem processual civil vigente*, RePro, São Paulo, N° 247, 2015, pp. 63 y ss. Arruda Alvim, T. y otros, *Primeiros comentários...*, ob. cit., pp. 62-63, 67-68, 1117-1119. De Pinho, H. D. B. y Alves, T. M., *O cooperação no novo CPC...*, REDP, v. 15, enero-junio 2015, recuperado de www.civilprocedurereview.com. Zaneti, Jr. H. subraya el proceso democrático como fusión entre el Estado liberal y el Estado social: *El nuevo Código de Proceso Civil brasileño...*, RDP, 2017-2, pp. 583 y ss., especialmente p. 592. Madureira, C. y Zanetti, Jr. H., *Formalismo-valorativo e o novo processo civil*, Repro, 2017, v. 272, pp. 218 y ss.

(21) Se adopta un modelo de colaboración con la explícita y amplia imposición a las partes del deber de cooperación entre sí y de cada una de ellas con el juez (artículo 6) y, al propio juez, el deber de dialogar con las partes (artículos 9, 10 y conc.): Arruda Alvim Wambier, T. y ot., ob. y pp. cit. Cabral, A. do Passo, ob. cit., pp. 132-133.

En línea con tendencias prevalecientes en el derecho comparado, el proyecto de CPCN de 2019 reafirma y acentúa el paradigma publicista en la organización de proceso, reconfigurando las misiones del juez, al propio tiempo que se acrecientan los deberes a cargo de las partes, en particular los de lealtad, buena fe y veracidad, enfatizando la colaboración procesal.

En contrapartida, se ensancha notoriamente el ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes, habilitando los convenios procesales para adaptar las reglas procedimentales, bien que acotados por aquello que resulta innegociable por integrarse a la esencia de la jurisdicción.

El nuevo equilibrio que se persigue, para conciliar y articular los ámbitos de lo público y lo privado, como tentativa superadora de las antinomias tradicionales —básicamente activismo vs. neoprivatismo— deriva en la instalación de un nuevo paradigma colaborativo de administración de justicia.

En tal sentido, la iniciativa legislativa introduce una cuña de quiebre con relación al modelo en vigor, con una clara apuesta apoyada en el acentuamiento del deber de colaboración a cargo de las partes y la admisión expresa de los convenios procesales. Claro que queda por acreditar en su futura experiencia la superación de los tradicionales condicionantes —la cultura del litigio— tan extendidamente afianzada en nuestro medio.

Por delante queda, todavía, la búsqueda y concreción, en línea con los postulados del Estado Democrático de Derecho, de un modelo institucionalizado cooperativo de administración de justicia, un verdadero y propio proceso en contradictorio, que viene auspiciado desde la doctrina autoral y el derecho comparado.

VI. Bibliografía

Andolina, I. y Vignera, G. (1994). *Il modello costituzionale del processo civile italiano* (pp. 13 y ss.). Torino: G. Giappichelli ed.

Arazi, R. y Rojas, J. A. (2015). *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. v. I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Arruda Alvim, T. (2015). *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. Sao Paulo: Revista dos Tribunais.

Barbosa Moreira, J. C. (1984). *Convenções das partes sobre materia processual, Temas de Direito Processual, Terceira Serie* (pp. 87 y ss.). São Paulo: Saraiva. *id.*, *Privatização do processo?*, en *Temas de Direito Processual*, 7^a. Série, Saraiva, São Paulo, 2001, pp. 7 y ss..

Cabral, A. do Passo (2016). *Convenções processuais*. Salvador, Bahía: Ed. Jus Podivim.

Cadiet, L. (2012). Los acuerdos procesales en el derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y la justicia en Francia. *Civil Procedure Review*, vol. 3, N° 3 (pp. 3 y ss.).

Cadiet, L. (2016 a). L'équilibre entre la rigidité et la flexibilité dans le proces. En P. H. Lucon (coord.), *Processo em jornadas* (pp. 596 y ss.). Salvador: Jus Podivim.

Cadiet, L. (2016 b). La tendance a la contractualisation de la justice et du proces. *RePro*, N° 261 (pp. 117 y ss.). Sao Paulo.

Canella, M. G. (2012). Contrattualizzazione del processo civile. En *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*. Bologna: University Press, (pp. 155 y ss.).

Caponi, R. (2012). Publico e privato nel processo civile. *RePro*, N° 207 (pp. 281 y ss.). Sao Paulo.

Caponi, R. (2014). Autonomia privada e processo civil: gli accordi processuali. *RePro*, N° 228 (pp. 359 y ss.). Sao Paulo.

Caponi, R. (2016). Rigidity e flessibilità del processo civile. En P. H. Lucon (coord.), *Processo em Jornadas* (pp. 596 y ss.). Salvador: Jus Podivim.

Comoglio, L. P. (1994). I modelli di garanzia costituzionale del proceso. En *Studi in onore di Vittorio Denti* (pp. 297-381). Padova: Cedam.

Chiovenda, G. (1954). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Trad. Gómez Orbaneja, v. I, (pp. 87 y ss.). Madrid.

Didier, Jr. F. (2010). Cláusulas gerais processuais. *RePro*, N° 187 (pp. 80 y ss.).

Didier, Jr. F. (2016). Directrizes para concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 E 536, § 10 CPC. *RePro*, vol. 267.

Falcón, E. M. (2006). *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Fiss, O. (2007). Contra la conciliación. En O. Fiss, *El derecho como razón pública*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

Giannini, L. J. (2017). La obligatoriedad de la mediación ¿es necesario revisar el modelo vigente? *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, N° 47 (pp. 710 y ss.). Buenos Aires: La ley.

Kemelmajer de Carlucci, A. (2015). *La “contractualización” de la prueba en el derecho ambiental argentino*. Buenos Aires: La Ley.

Marinoni, L. G. (2006). *Teoría geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Marinoni, L. G.; Arenhart, S. G. y Mitidiero, D. (2015). *Novo curso de processo civil*. v. 1. Sao Paulo: Revista dos tribunais.

Morello, A. M. (1998). *Constitución y proceso. La nueva edad de las garantías jurisdiccionales*. La Plata: LEP.

Oteiza, E. (2018). Autonomía de la voluntad, cooperación e igualdad en el proceso civil. En F. Ramos Méndez, *Derecho y proceso*, v. III. Barcelona: Atelier.

Taruffo, M. (2009a). Cultura y proceso. En M. Taruffo, *Páginas sobre la justicia civil* (p. 197). Madrid - Barcelona: Marcial Pons.

Taruffo, M. (2009b). Una alternativa a las alternativas: patrones para la solución de conflictos. En M. Taruffo, *Páginas sobre justicia civil* (pp. 113 y ss.).

Zagrebelsky, G. (2005). *El derecho ductil*, Madrid: Trotta.

Zanetti Junior, H. (2007), *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro* (pp. 44 y ss.). Río de Janeiro: Lumen Iuris.

Fecha de recepción: 11-03-2020

Fecha de aceptación: 19-06-2020

Juicio previo como condición constitucional impeditiva del dictado de una condena en las instancias recursivas

POR GABRIEL HERNÁN DI GIULIO(*)

Sumario: I. Introducción.- II. El término proceso.- III. La exigencia constitucional de juicio previo: primera condición para penar.- IV. La exigencia convencional de doble conforme: segunda condición para penar.- V. Comparación entre la primera y la segunda condición. VI. Coherencia entre la primera y la segunda condición.- VII. Estándares de la Corte IDH respecto de la segunda condición. VIII. Cuestiones no abordadas: la nulidad de la sentencia absolutoria y reenvío.- IX. Conclusiones.- X. Bibliografía.

Resumen: el *juicio previo* como exigencia constitucional (artículo 18, Constitución Nacional Argentina) no se reduce a la verificación de un proceso penal llevado en forma legal. El adjetivo “*previo*” señala que la sentencia condenatoria debe ser el consecuente directo del juicio. Se trata de la primera *condición* esencial de la garantía del debido proceso. La segunda condición encuentra su fuente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (artículos 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y se conoce como doble conforme o doble instancia. Ambas condiciones se desenvuelven en forma coherente y armónica con la siguiente implicancia: no se puede condenar en la fase recursiva, revocando el fallo absolutorio, sin infringir la garantía del debido proceso.

(*) Doctor en Derecho. Magister en Derecho Procesal. Esp. en Magistratura. Prof. Titular de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires (UNICEN). Investigador categoría III del Programa de Incentivos a Docente Investigadores del Ministerio de Educación de la Nación. Investigador del IEJUS.

Palabras clave: juicio - previo - recurso - sentencia - absolutoria

The trial, as a previous process, is a constitutional impediment to pronounce an appellate court sentence

Abstract: *the trial, as a previous process, is a constitutional requirement (art. 18, Argentine National Constitution) and it is not limited to the verification of a legal process. The adjective “previous” states that the conviction must be the direct consequence of the trial. This is the first essential condition for ensuring due process of law. The second condition finds its source in International Human Rights Law (arts. 8.2.h of the American Convention on Human Rights and 14.5 of the International Covenant on Civil and Political Rights) and is referred to as double jeopardy. Both conditions develop in a coherent and harmonious way with the following implication: It’s not allowed to condemn in the recursive phase, overturning the acquittal, without violating the guarantee of the due process.*

Keywords: *trial - previous - appeal - sentence - acquitting*

I. Introducción

La garantía del *debido proceso* se integra con principios, reglas y condiciones que la constituyen. Así, por ejemplo, la imparcialidad e independencia del tribunal, la bilateralidad y contradicción en las instancias (o sustanciación de las acusaciones) que constituyen la idea de debate dialéctico, constituyen buenos ejemplos.

El *debido proceso*, como concepto innominado pero conglobante de aquellos principios, reglas y condiciones, encuentra su fuente en la Constitución Nacional y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Este último ordenamiento dispone estándares mínimos que los Estados deben observar para la protección de los seres humanos.

El marco múltiple exige su integración y aplicación armónica y coherente. Pero ese lineamiento, de carácter epistemológico tanto como político, coexiste con dos derivaciones del ámbito de *aplicabilidad*. A saber: 1) los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituyen una medida mínima o elemental que los Estados deben cumplir, y por consiguiente esa medida puede superarse mediante previsiones de derecho interno que proyecten mayor protección; 2) los estándares, valores, deberes de los Estados y los derechos de los seres humanos en los casos calificados como delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y *graves violaciones de los derechos humanos* (1) conforman categorías

(1) En otro trabajo que integra la bibliografía (Di Giulio, 2019, pp. 862-866), sostengo —y procuro demostrar— que los crímenes sexuales contra niñas constituyen *graves violaciones de los derechos*

independientes, que incidirán necesaria y particularmente en la composición material de la *garantía del debido proceso*; de modo que estas categorías no puede ser asimiladas a la investigación y juzgamiento de delitos comunes. En este estudio no se analizan las especiales condiciones que aquellas categorías contienen, en especial en lo referente a la composición de garantía del debido proceso y los derechos de las víctimas. Por consiguiente, las conclusiones no pueden hacerse extensivas a los casos alcanzados por tales clases.

Despejadas las principales cuestiones que podrían conducir a confusión, se aprecia que la temática alcanzada como derivación del *alcance de la garantía del debido proceso a partir de la condición impuesta por el juicio previo* es, en definitiva, la potestad recursiva del Ministerio Público Fiscal o del querellante o particular damnificado frente a una sentencia absolutoria.

Esta última problemática ha sido materia de un significativo número de trabajos y se ha volcado en criterios disidentes en la Corte Suprema de Justicia. Existen agudos estudios que la abordan a la luz del principio *ne bis in idem* (Maier, 2015, pp. 299-318), del principio de inmediatez —pero en su acepción no restringida, entendida como base del juicio oral y público— (Rovatti, 2016, pp. 129-130; Maier, 2004, pp. 17-18) y del principio de publicidad en los juicios penales. Con mucha elocuencia, Rovatti aborda el problema de las “condenas sin juicio” (p. 130).

Mi trabajo aborda la problemática aportando una perspectiva que se cimienta en el carácter *previo* del juicio como exigencia constitucional para penar. Por ende, introduce algunas razones que convergen o apoyan las conclusiones que señalan la imposibilidad de condenar en los estadios recursivos.

II. El término proceso

El proceso pertenece al género procedimiento (Alvarado Velloso, 2015, pp. 167-170), pero no debe ser confundido con este. Desde su dimensión ontológica constituye un método de debate para la resolución de conflictos o la imposición de penas. Es un método lógico y consecuencial porque representa fases o etapas ideales que le son inherentes. La Corte Suprema ha reconocido estos estadios como componentes estructurales de la garantía del debido proceso. En el proceso penal se los ha identificado como ACUSACIÓN- DEFENSA- PRUEBA y SENTENCIA.

El carácter consecuencial responde a tres factores inherentes: a) la temporalidad; b) la causalidad; y c) la direccionalidad.

humanos y, por consiguiente, corresponde aplicar los estándares propios de su categorización, de acuerdo con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

a) La temporalidad

El proceso se desenvuelve en el tiempo. Y aun cuando el tiempo alcanza a todos los fenómenos de la interacción humana, y por esta razón podría considerarse una perogrullada, no es ese alcance lo que factoriza el fenómeno sino su desenvolvimiento. El proceso es dinámico, se desenvuelve. Desenvolverse en mucho más que permanecer. Es potencia y realización. Potencia de aquello que puede acaecer —o que puede ser— y realización de lo que se concreta efectivamente. El desarrollo temporal implica su construcción. De modo que en el proceso se aprecia con facilidad los estadios temporales: el pasado, el presente y el futuro. Su proyección como potencia y realización lo sujeta a criterios de *razonabilidad cronológica*, al punto que puede ser descalificado por su prolongación más allá de lo razonable.

b) La causalidad

Sus etapas se vinculan lógicamente, estructuradas como antecedente y consecuente. La estructura esencial o genética del proceso no puede ser invertida o alterada sin infringir la idea de proceso.

La acusación es el antecedente de la defensa y esta su consecuencia. La prueba es el consecuente de la acusación y la defensa. Y así ocurre sucesivamente.

c) La direccionalidad

La progresión causal de las fases del proceso se dirige hacia su objeto, que es la sentencia. Esto indica que existe un sentido único que se explica con “ir hacia”, la *flecha del tiempo* (Massuh, 1990). El norte es la consecución del objeto.

La dirección también se explica desde otras perspectivas. Todo proceso se origina a partir de afirmaciones (que podrán denominarse litigios, acusación, requerimiento de elevación a juicio, etc.). Las afirmaciones son *relatos* acerca de la ocurrencia de hechos típicamente antijurídicos, con la pretensión de que se adjudiquen consecuencias disvaliosas a quien se atribuye su comisión: la pena. La cuestión radica en que todos los procesos se originan con relatos acerca de la existencia de hechos constitutivos (conflictos o delitos) y esos relatos no deben (ni pueden) considerarse “ciertos” o “verdaderos” *per se*. Y más allá del estado de inocencia, connatural con el garantismo y el Estado de Derecho, los relatos son alcanzados por la incertidumbre. Desde la dimensión epistemológica (2) el problema de incertidumbre es connatural con la idea de proceso. Su superación se procura

(2) Lejos estoy, con esta expresión, de pretender una epistemología del proceso.

con el dictado de una sentencia. La dirección se promueve desde la incertidumbre hacia certeza (la primera como realidad, la segunda como potencia).

La Corte Suprema de la Nación Argentina en el memorable precedente “Mattei” (Fallos: 272: 188) señaló que el proceso penal se integra por una serie de etapas en forma “*progresiva*”, con las que se tiende a poner al juez en condiciones de dictar veredicto de absolución o de condena. Cada una de las etapas constituye el presupuesto necesario de las siguientes, destacando: “(...) el principio de la progresividad impide que el juicio se retrotraiga a etapas ya superadas, porque también debe considerarse axiomático que los actos procesales se precluyen cuando han sido cumplidos observando las formas que la ley establece, es decir, salvo supuesto de nulidad” (Fallos: 272: 188).

Con un claro ejemplo del principio pro homine sostuvo también:

(...) los valores que entran en juego en el juicio penal, obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial con el respecto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez y para siempre, su situación frente a la ley penal (Fallos: 272: 188).

La Corte Nacional identificó las cualidades del juicio penal basadas en la “progresión” (aunque amparada más en la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio), “preclusión” (cuyo límite se reconoce en las nulidades por cuestiones esenciales), “seguridad jurídica y justicia razonablemente rápida” (la primera como valor y la segunda como pauta o criterio de valoración —y posible invalidación—).

III. La exigencia constitucional de juicio previo: primera condición para penar

Desde su sanción en 1853, la Constitución Nacional (CN) prohíbe penar sin juicio previo (artículo 18). La expresión es específica porque condiciona solo a una de las dos alternativas regularmente posibles en una sentencia definitiva. Y esa selección se explica porque para nuestra carta magna la relación entre Estado e individuo se cimenta en la libertad como principio y los márgenes de su ejercicio se encuentran en los principios de reserva y legalidad (artículos 1, 14, 19, 28, 31 y cctes. CN). De modo que la exigencia de “juicio previo” es *una condición ineludible* para que se pueda penar, y no lisa y llanamente para que se pronuncie una sentencia cualquiera sea su contenido. Vale decir que, para la previsión constitucional, no es la absolución la hipótesis que sujeta la condición sino la imposición

de pena (Rovatti, 2016, pp. 130-136; Maier, 2015, pp. 299-318). Penar presupone, indefectiblemente, el dictado de una condena.

Me detendré en el adjetivo *previo*. La expresión reconoce como su antecedente inmediato el Proyecto de Constitución para la Confederación Argentina de Juan Bautista Alberdi. En su artículo número 19 contenía una expresión equivalente, pero con la utilización de la palabra “condenado” en lugar del término “penado” que acompaña el texto constitucional.

Como lo reseña cuidadosamente Zarini (1993, pp. 127-134), el Estatuto Provisional para la dirección y administración del Estado del 5 de mayo de 1815 (artículo IV), el Estatuto Provisional del 22 de noviembre de 1816 (Secc. 7, artículo 4), el Reglamento Provisorio del 3 de diciembre de 1817 (Secc. VII, artículo IV), la Constitución de 1819 (Secc. V, artículo CXVIII) y la Constitución de 1826 (artículo 171) contenían disposiciones equivalentes que predicaban que ningún habitante podía ser penado sin que *preceda juicio* y sentencia legal.

El Proyecto de Constitución de Pedro de Angelis contenía una propuesta sensiblemente diferente (artículo 123) mediante la fórmula que prohíbe el dictado de una condena “sin haber sido juzgado legalmente” (Zarini, 1993).

La expresión constitucional se compone de dos palabras: un sustantivo, “juicio”, y un adjetivo, “previo”.

La palabra “juicio” refiere técnicamente al proceso. En el sistema acusatorio, en el que se inscribe sin hesitación nuestra Constitución Nacional, el proceso se define como un método de debate, como tal unguido de las reglas de contradicción y bilateralidad, en el que las partes (acusador y acusado) ejercen sus pretensiones y defensas frente a un tercero imparcial (juez, tribunal o jurado) que debe reunir los requisitos que impone la garantía de juez natural. La defensa de la persona y de los derechos es inviolable y esta garantía, aunque es conceptualmente independiente, se encuentra íntimamente ligada con el desenvolvimiento y concreción del *debido proceso*.

El proceso como debate dialéctico debe ser distinguido de otras fases procedimentales, como la investigación que no es dialéctica, ni puede asimilarse al debate. El procedimiento es el género, constituido por toda serie de actos consecuenciales, mientras que el proceso es la especie que conforma la serie de actos consecuenciales en una estructura dialéctica, sometida a la resolución de un tercero imparcial, entre litigantes a quienes se reconoce el ejercicio de la defensa de sus intereses y derechos, en plano de igualdad procesal (Alvarado Velloso, 2015, pp. 167-170) principio que, en ocasiones, requiere la instauración de asimetrías para su materialización.

En el juicio se observa la inveterada estructura que nuestro máximo Tribunal de Justicia extrajo de la garantía del debido proceso, constituida por ACUSACIÓN, DEFENSA, PRUEBA y SENTENCIA (CSJN, Fallos: 272:188).

El uso del adjetivo “previo” señala que la palabra “juicio” por sí misma no abas- tece la condición exigible para penar. En primer lugar, porque gramaticalmente la frase *juicio previo* no equivale, ni puede ser reducida, a la palabra *juicio*. El uso del adjetivo tiene una implicancia inocultable como cualidad o accidente, como calificante o determinante del sustantivo. Se reconoce en el adjetivo su aptitud para *modificar* al sustantivo o denotar, como función propia, sus propiedades o relaciones. En segundo lugar, porque no es posible interpretar (o al menos no po- dría ser ese el primer parámetro hermenéutico) que el constituyente ha adjetivado la palabra juicio sin intención de denotar una propiedad o relación del sustantivo. Estaríamos señalando, en ese caso, que el constituyente habría incurrido en una formulación tautológica.

Previo significa “*anticipado, que va delante o que sucede primero*” (diccionario de la Real Academia Española). El concepto que encierra la palabra juicio pre- supone su ubicuidad en comparación con el acto decisorio (sentencia), desde que el juicio es *anterior* a la sentencia. Sin embargo, como ya se expuso, no se puede considerar que el constituyente ha incurrido en redundancia, empleando un adjetivo que nada aporta al significado del sustantivo. Por el contrario, “*pre- vio*” indica una cercanía, una relación consecuencial inmediata, en el sentido de *inmediatamente anterior o antecedente de*. El juicio es previo al acto de penar, que es una consecuencia posible. Pero la consecuencia es inherente a un antecedente *necesario*, imperativo. Ese antecedente necesario sustenta constitucionalmente el *estado de inocencia*.

El juicio previo es una condición para penar, que implica que una condena debe ser su directa e inmediata derivación o resultante. Por razones expositivas volveré sobre el punto al tratar la garantía de la doble instancia (infra 6), para mos- trar que la condición no se cumple si el juicio y la condena no reconocen una relación consecuencial, directa e inmediata.

El juicio previo es la primera condición de la garantía del debido proceso. Sur- ge de la Constitución Nacional Argentina y no se limita a la exigencia de juicio o proceso legal.

La constitución nacional, además de imponer la primera condición, se integró con las siguientes previsiones:

- 1) Sujetó programáticamente al modelo de juicio por jurados el juzgamiento de delitos comunes, en el ámbito de las competencias locales (artículos 5, 7, 24, 67 inc. 12, 102, 104, 105, CN).
- 2) Dispuso que los procedimientos y las autoridades judiciales resultarían de las leyes provinciales o federales, según la materia.
- 3) Erigió al Poder Judicial de la Nación integrado con la Corte Suprema de Justicia y los demás tribunales inferiores, disponiendo su competencia con carácter original o por apelación (artículos 100 y 101 CN).

De lo expuesto se colige que la garantía del debido proceso para el juzgamiento de delitos comunes no estaba alcanzada constitucionalmente con un derecho al recurso. La única referencia constitucional a la vía de impugnación estaba vinculada con el ejercicio del control constitucional, en cabeza de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pero no con el derecho de un particular al recurso contra el fallo. La vía prevista era la “apelación” del artículo 101 en su redacción original y cuya reglamentación se encuentra especialmente en los artículos 14 a 16 de la ley 48, las disposiciones procesales del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y en las Acordadas y doctrina del Recurso Extraordinario Federal emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Corte Suprema afirmó reiteradamente que la garantía del debido proceso exige que el litigante sea oído con las formalidades legales sin depender del número de instancias que las leyes procesales puedan prever según la naturaleza de las causas (CSJN, Fallos: 126: 114; 127: 167; 155: 96; 223: 430; 231: 432; 289: 95; 298: 252, entre otros).

IV. La exigencia convencional de doble conforme: segunda condición para penar

La suscripción por parte de nuestro país de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) introdujo a la garantía del debido proceso una estructura complementaria a arraigada mediante la primera condición.

Por imperio del artículo 8.2.h. de la CADH y 14.5 del PIDCP surge una segunda condición para penar, cuya fuente reconoció jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994. El juicio previo ya no era condición suficiente para la aplicación de una pena.

De la CADH y del PIDCP resulta que, si del *juicio previo* deriva una sentencia condenatoria, el imputado tiene derecho a la revisión del fallo. La nueva condición cobija, al igual que la primera, un único sentido entre las posibles alternativas. Ese sentido es el de la condenación penal.

Surge una nueva garantía conocida como doble instancia o doble conforme, que técnica y estructuralmente integra la garantía del debido proceso, como segunda condición.

La estructura constitucional del *debido proceso penal como condición para condenar* supone entonces: 1) la prohibición de pena sin juicio previo y; 2) la prohibición de agotar el juzgamiento con el juicio previo cuando deriva en un pronunciamiento condenatorio. En tal caso, el imputado debe contar con una instancia de impugnación efectiva y amplia para revisar el fallo mediante la intervención de otro tribunal (3).

Esto implica que la garantía de la doble instancia del artículo 8.2.h de la CADH y 14.5. PIDCP, instituida a favor del imputado —así lo ha reconocido la Corte Suprema (“Juri”, Fallos: 329:5994; “Arce”, Fallos: 320:2145)—, no conforma una protección aislada o descontextualizada. Por el contrario, a esta garantía le precede otra, la del juicio previo, que materializa el derecho a ser oído del imputado y su derecho de defensa frente a la acusación penal.

El Estado encuentra en estas garantías dos prohibiciones: a) no puede penar sin juicio previo; b) no puede vedar el acceso del imputado a otro tribunal para revisar el fallo condenatorio, con los estándares inherentes a la protección (revisión amplia, no sometida a formalidades que excedan la razonabilidad de su regulación, basada en el deber de máximo rendimiento a cargo del órgano *ad quem*, reconociendo los límites derivados de inmediatez y de la delimitación de los agravios) (CSJN, Fallos: 328: 3399 “Casal”).

V. Comparación entre la primera y la segunda condición

Es frecuente que los conceptos “juicio” o “proceso” sean utilizados para referirse a estadios procesales que no integran técnicamente el fenómeno procesal. Y si bien la garantía del debido proceso conforma una institución sustantiva y amplia, el mérito de las condiciones constitucionales y convencionales para habilitar la imposición de una pena en el proceso penal no debe basarse, en mi opinión, en una simplificación de institutos del derecho procesal.

(3) La impugnación horizontal abre el debate acerca de si la garantía exige o no que el órgano jurisdiccional *ad quem* posea una competencia funcional jerárquicamente superior a la del *a quo*.

Me detendré en uno de esos tópicos: la fase recursiva incluida en el concepto de juicio previo. El recurso, así como la instancia procedimental recursiva, no abre una nueva etapa de juzgamiento, ni completa un juicio inconcluso. La impugnación *determina* una fase diferente, cuya naturaleza es la *revisión de una sentencia* y no la sustanciación de una acusación en el marco de un debate dialéctico.

La incorrección de semejante asociación es prontamente detectada al ser confrontada con la primera condición. Porque si la fase recursiva constituye un segmento del juicio o, peor, un nuevo juicio, ninguna sentencia derivada del *juicio previo propiamente dicho* podría condenar. Si así ocurriese, la condena no reconocería el *juicio previo* sino solo un fragmento de este. En ese caso, la única pena posible de ser dictada quedaría en cabeza del máximo tribunal de justicia, que impediría la prosecución del derrotero de impugnaciones y pondría fin al *juicio previo*.

El equívoco se puede mostrar también desde otro lugar. Mientras el proceso se erige para sustanciar la acusación, hacer posible la defensa, recepcionar la producción de las pruebas, recibir las alegaciones y pronunciar la sentencia (ACUSACIÓN, DEFENSA, PRUEBA y SENTENCIA), el recurso propende a la revisión de desvíos o arbitrariedades en la decisión que emana del judicante, por razones de injusticia o de ilegalidad. Como advierte Rovatti (2016, pp. 113-160), la instancia recursiva carece del método dialéctico integral y por ende no puede ser considerado “juicio”.

Los recursos reconocen como su antecedente a una resolución judicial y los agravios que apoyan el remedio, pero no sustancian una acusación, en su tramitación pueden prescindir (suele ser la respuesta de los Código Procesales) de la sustanciación, normalmente está vedado el derecho de proponer y producir prueba (nunca se admitirá el ejercicio amplio de este derecho) y los jueces deben limitarse al tratamiento de los agravios que fundan el recurso. Adviértase, igualmente, que, de admitirse la sustanciación plena, el derecho amplio de ofrecer pruebas y producirlas, la fase de recurso se transformaría en un *segundo juicio*, consecuencia inadmisibles porque se menoscabaría la prohibición de múltiple persecución penal (*ne bis in idem*) y los principios de progresividad y preclusión inherentes a la garantía del debido proceso.

Los recursos o medios de impugnación se sujetan a reglas de admisibilidad que, en la medida que se asciende en la pirámide de competencia funcional, estrechan el pasaje limitando *el derecho a la revisión*. Así ocurre particularmente con los recursos de casación, extraordinarios locales y extraordinario federal. Estas restricciones, que versan tanto sobre la admisibilidad como la competencia del órgano jurisdiccional *ad quem*, señalan otra diferencia sustancial entre proceso e instancia impugnativa.

La segunda condición procura corregir posibles desvíos o arbitrariedades y con esa función es captada por los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Es decir, como situaciones contra las que debe guarecerse al imputado y no a los Estados signatarios, sin perjuicio de la protección especial de las víctimas (y en este caso los deberes de los Estados) frente a delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y graves violaciones a los derechos humanos que, como ya he anticipado, no integran el análisis de este opúsculo.

En los procedimientos basados en las reglas de oralidad, intermediación y continuidad la prueba se reconoce íntimamente ligada con su producción, que acaece durante el juicio y aun cuando pueda documentarse mediante registros fílmicos que pueden ser consultados por el órgano de revisión, la valoración —en caso de producirse— lo será de medios *documentales*, sin intermediación con la fuente auténtica y quizás tampoco con el medio documental secundario (ya que se puede delegar el contacto con el registro) y sin continuidad (que importa la fractura del valor que la regla procesal guarece)(4).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos permite la misma distinción. Para la sustanciación de una acusación se requiere tramitar un proceso ante un tribunal imparcial e independiente y con todas las garantías. Sustanciar es bilateralizar; para bilateralizar se requiere proceso. El recurso es regulado como una instancia diferente, dirigida a la revisión por el imputado de la sentencia condenatoria no firme. Ese derecho implica someter la sentencia al escrutinio de otro tribunal, calificado como “superior” (5).

Sentado que en el concepto “juicio previo” no puede incluirse el recurso ni la instancia recursiva, se tornan obligadas las consideraciones que siguen.

VI. Coherencia entre la primera y la segunda condición

La condena requiere, para el respeto de todas las garantías analizadas, del antecedente necesario e inmediato del proceso (artículo 18 CN). Si como consecuencia

(4) El recurso amplio contra la sentencia y la oralidad reconocen importantísimas tensiones que ponen en crisis los fundamentos para la adopción de esta segunda regla procesal. Esta cuestión ha sido objeto de investigación en el Proyecto “Relaciones socioculturales en el proceso judicial: oralidad, escritura y revisión de sentencias”, 03/J010, acreditado en la Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires.

(5) La expresión podría reñir con la solución adoptada por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (Causa P 108.199, “Carrascosa, Carlos Alberto. Recurso de casación”, del 24/06/15) y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJ 5207/2014/RH1, P., S. M. y otro s/ homicidio simple, del 26/12/2019) con cita de los precedentes Duarte (Fallos: 337:901) y Di Nunzio (Fallos: 328: 1108) al disponer la revisión horizontal.

del juicio previo el órgano de juzgamiento absuelve, no es constitucionalmente admisible el dictado de una condena en las instancias recursivas. De manera que cuando un Tribunal de Alzada o Casación revocando una absolución dicta por primera vez la condena, *infringe* la garantía del *debido proceso* al penar sin *juicio previo*.

La prohibición de penar sin juicio previo determina que la absolución consecuente de un juicio *válido y regular* cierra definitivamente la discusión para quien ejerce la persecución penal, ya que la garantía judicial de la doble instancia se erige solo a favor del condenado y el trocamiento de una absolución en la fase revisora infringe la prohibición de penar sin juicio previo. Una condena pronunciada por un tribunal que decide la impugnación contra el fallo absolutorio no cumple la primera condición ya que la derivación del juicio previo ha sido la sentencia absolutoria.

Los instrumentos internacionales que se vienen analizando (CADH y PIDCP) *no prevén la primera condición*. De modo que los criterios interpretativos y estándares de la Corte IDH deben ser aplicados en el sistema interno como pautas mínimas. De este modo resulta necesario integrarlos con la primera condición que resulta del derecho constitucional argentino y opera como una tutela que incrementa la protección. Por esa razón, la garantía del debido proceso resulta de la integración de condiciones cuyas fuentes son la Constitución Nacional (primera) y Pactos Internacionales de Derechos Humanos con igual jerarquía (segunda).

Voy a retomar el análisis del adjetivo *previo* que acompaña el sintagma constitucional y que he diferido para esta oportunidad (ver supra 3). Podría contestarse mi argumento señalándose que la primera condición constitucional no implica una fuerte y directa conexión entre juicio previo y sentencia condenatoria. De modo que el adjetivo enlazaría una mera prelación temporal, pero no una relación lógica y consecencial. En ese caso, la expresión constitucional no eludiría la tautología. Según este razonamiento, la sentencia condenatoria no debería ser necesariamente la consecuencia directa e inmediata del juicio previo. La condición se cumpliría siempre que la sentencia condenatoria, cualquiera sea la instancia de la que procede y la distancia entre ambas, reconozca un juicio previo en algún momento del derrotero procedimental. No se me escapa que es esta la interpretación que prima en nuestros tribunales. Por ese motivo debo insistir con la demostración del equívoco.

Si el proceso constituye el eje central de la garantía de debido proceso frente al riesgo o amenaza de resultar penado (artículo 18 CN) o condenado (artículo 8.2.h CADH y PIDCP), la derivación de la condición de juicio previo para penar no puede ser otra que la consecuencia o resultante del debate penal.

Solo si negamos la naturaleza *garante* del proceso y le atribuimos la calidad de instrumento dirigido a hacer efectivo y posible la imposición de una pena,

podríamos conceder una licencia hermenéutica y hacer de lo *previo* un saco roto o letra muerta, habilitando múltiples instancias y oportunidades —todas las que las leyes procesales acuerden— para acertar en el objetivo. Pero advierto que no es coherente sostener lo primero (garantía) y concluir lo segundo.

Corresponde considerar un argumento fuerte que suele invocarse a favor del recurso de la acusación (con o sin legitimado particular) frente a la decisión absoluta. En este sentido han sido invocados los criterios de la Corte IDH.

La jurisprudencia de la Corte IDH no señala la necesidad de vinculación o fuerte relación (lógica y consecencial) entre sentencia condenatoria y juicio. Pero hete aquí que la Corte IDH no resuelve aplicando la Constitución Nacional Argentina, sino los instrumentos internacionales a los que he hecho referencia, los cuales no contemplan la primera condición como garantías judiciales mínimas. Por consiguiente, considerar la exigencia de la primera condición en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos es un error.

De este análisis resulta que los criterios de la Corte IDH que señalan el deber de los Estados de habilitar un recurso amplio y sencillo contra la sentencia condenatoria, cualquiera sea la instancia de la que procede, *se ciñen a la interpretación y alcance de las disposiciones convencionales*, pero no reemplazan ni sustituyen las mayores protecciones que derivan de nuestra constitución.

De modo que los criterios de la Corte IDH, por ejemplo, en el precedente “*Mohamed vs. Argentina*” (sentencia del 23 de noviembre de 2012), no son incompatibles con la primera condición. Y, en la medida que nuestros tribunales y especialmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación la adopten con el alcance señalado, se verá satisfecha la garantía del debido proceso con los estándares internacionales y de derecho interno.

Bidart Campos (2002) advertía sobre la necesaria interpretación que compatibilizara las posibles diferencias entre el garantismo de la jurisdicción penal internacional y la legislación interna de nuestro país, de modo que “ninguna cláusula del tratado menoscabe o minimice las garantías que la constitución contiene para la sustanciación de los procesos judiciales” (párrafo 5). Estas mismas consideraciones cuadran para la integración de los controles de constitucionalidad y convencionalidad.

VII. Estándares de la Corte IDH respecto de la segunda condición

Como he anticipado, la Corte IDH ha delineado los estándares de la garantía de la doble instancia contemplada en el artículo 8.2.h) CADH y 14.5 PIDCP. En prieta síntesis se ha pronunciado sobre los “estándares que deben ser observados

para asegurar la garantía del derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” (casos “Castillo Petruzzi y otros *vs.* Perú”; “Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica”; “Barreto Leiva *vs.* Venezuela”), señalando que es necesario que las disposiciones del artículo 8 de la CADH se observen en todo proceso (caso “Hilaire, Constantine y Benjamin y otros *vs.* Trinidad y Tobago”; caso “Tiu Tojín *vs.* Guatemala”).

En particular, ha indicado que las garantías judiciales del artículo 8 “(...) condicionan el ejercicio del ius puniendi del Estado y (...) buscan asegurar que el inculgado o imputado no sea sometido a decisiones arbitrarias, toda vez que se deben observar ‘las debidas garantías’ que aseguren, según el procedimiento de que se trate, el derecho al debido proceso” (caso “Barbani Duarte y otros *vs.* Uruguay”, párr. 117).

La garantía de la doble instancia importa un ejercicio efectivo, real y sencillo —no sujeto a restricciones o limitaciones formales irrazonables— del recurso contra la decisión que constriñe y afecta la libertad y demás derechos fundamentales (Corte IDH, caso “Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica”; caso “Barreto Leiva *vs.* Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas”, entre otros).

Mediante sentencia del 23 de noviembre de 2012, la Corte IDH se pronunció en el caso “Mohamed *vs.* Argentina”. La Corte debió considerar si la protección del artículo 8.2.h de la CADH permitía una excepción, alegada por nuestro país, cuando la condena procede de un tribunal que resuelve un recurso interpuesto contra la sentencia absolutoria.

La Corte IDH sostuvo:

(...) El artículo 8.2 de la Convención contempla la protección de garantías mínimas a favor de ‘[t]oda persona inculpada de delito’. En el último inciso en que expone esas garantías, cual es el h), protege el ‘derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior’. La Corte entiende que el artículo 8.2 se refiere, en términos generales, a las garantías mínimas de una persona que es sometida a una investigación y proceso penal. Esas garantías mínimas deben ser protegidas dentro del contexto de las distintas etapas del proceso penal, que abarca la investigación, acusación, juzgamiento y condena (parágrafo 91).

(...) Teniendo en cuenta que las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, la Corte interpreta que el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado. Resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia

que revoca una decisión absolutoria. Interpretar lo contrario, implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena. Se trata de una garantía del individuo frente al Estado y no solamente una guía que orienta el diseño de los sistemas de impugnación en los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes de la Convención (párrafo 92).

Prestigiosa doctrina ha señalado que pronunciamientos como el que anteceden demuestran que el recurso del Ministerio Público Fiscal o del querellante contra el fallo absolutorio no infringe la convención. Y aun cuando su ejercicio no se encontraría amparado por el artículo 8.2.h. CADH, que opera a favor del imputado, encontraría basamento en la garantía de tutela judicial efectiva de los artículos 8.1. y 25 de la CADH, que amparan a toda persona, cualquiera sea su situación frente a la ley.

Se trata, en mi opinión, de una forzada conclusión. En primer lugar, por el señalamiento inicial efectuado en este acápite acerca de que los criterios de la Corte IDH no pueden aplicarse en detrimento, o con exclusión, de la mayor protección proveniente del derecho interno. En segundo término, porque la tutela judicial efectiva se satisface con el legítimo derecho de intervenir, postular, pretender y eventualmente acusar, en el *juicio previo*.

Hago propias las palabras de Chiara Díaz y La Rosa (2013):

(...) La ‘tutela judicial efectiva’ (artículos 8o.1 y 25.1, CADH) expresa la obligación de los Estados de resguardar judicialmente los derechos de todas las personas, y entre ellas las víctimas, pero esto no tiene una correlación directa con un presunto ‘derecho a recurrir fallos penales’; de otro modo, además, carecería de sentido que la misma Convención disponga una norma independiente que específicamente así lo establece (artículo 8o.2.h). En suma, el acusador particular tiene derecho a ser oído y sus planteos tratados ante las instancias que la ley le otorga y, en este sentido, al ser parte legitimada en un litigio penal, tiene garantizado constitucionalmente su derecho al debido proceso. Sin embargo, es discutible que tenga garantizada la revisión del fallo penal adverso, lo cual, en principio, no se encuentra establecido en la Constitución ni en los pactos (...) (p. 198).

El debido proceso o juicio es el ámbito connatural con el ejercicio de los derechos y las pretensiones que comprenden al Ministerio Público Fiscal como acusador público y eventualmente al particular damnificado o querellante como acusador privado, cuya legitimación le ha sido reconocida en función del interés

resarcitorio y no punitivo *per se* (6). Si el proceso ha sido regular, si las partes han contado con todas las garantías para deducir sus pretensiones, procurar su acreditación, si han sido oídas en plena igualdad y si, finalmente, se ha dictado sentencia por un tribunal independiente e imparcial, la tutela judicial efectiva ha quedado guarecida. De lo expuesto se colige que la tutela judicial efectiva no constituye una razón correcta para admitir el recurso contra el fallo absolutorio.

No es correcto extrapolar a los casos de derecho penal común las resoluciones y criterios de la Corte IDH sobre categorías propias del Derecho Internacional sobre los Derechos Humanos cuando se ha debatido delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o graves violaciones a los derechos humanos. Existen sobrados ejemplos en los cuales la resolución de la Corte IDH ha versado en torno a la tutela judicial efectiva de las víctimas de tales crímenes, mediante inacción, complicidad o negligencia del Estado en el acceso de las víctimas a los tribunales.

Se ha invocado, también, como razón justificante del recurso contra el fallo absolutorio, al principio de igualdad procesal, que se lo asocia mejor al modelo bilateral de recursos. La vigencia plena de la igualdad procesal no se traduce en la bilateralidad recursiva. La igualdad procesal parte del contexto de desigualdades que, reconocidas, exigen la articulación de respuestas correctivas y en ocasiones estas correcciones se presentan como asimétricas. La igualdad procesal parte de la equivalencia de trato, audiencia e instancia, que cimentan el desarrollo del contradictorio o proceso penal. Sin embargo, concurren asimetrías que hacen posible el debido proceso, apartándose del mero procedimiento anacrónico en el que una igualdad recursiva formal y abstracta, basada en la exacta equivalencia de remedios impugnativos, colisionaría con la desigualdad real que el ciudadano posee frente al Estado, se desentendería de ideal de libertad como principio constitucional, y comprometería el equilibrio entre los principios de reserva y legalidad (artículos 18 y 19 CN).

Son ejemplos incontestables de asimetrías el *estado de inocencia, in dubio pro reo, favor rei, el principio de mínima intervención, la garantía a guardar silencio del imputado, la prohibición de reformatio in peius y las dos condiciones bajo análisis.*

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente “Arce” (Fallos: 320: 2145), ha señalado:

(...) las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los estados contratantes. En este sentido la Corte Interamericana, cuya jurisprudencia debe servir como guía para la interpretación de esta Convención, en la medida en

(6) Este enunciado no aplica para las víctimas de delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y graves violaciones de derechos humanos.

que el Estado argentino reconoció la competencia de dicho tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de los preceptos convencionales (confr. artículos 41, 62 y 64 de la Convención y artículo 2 ley 23.054), dispuso: los Estados (...) asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción (OC-2/82, 24 de septiembre de 1982, párrafo 29) (considerando 6).

(...) las partes en el proceso penal no persiguen intereses iguales. En efecto, lo que caracteriza al proceso penal es la ausencia de un permanente antagonismo, propio del proceso civil. Ello deriva del carácter público de la pretensión que persigue el Ministerio Público, la cual muchas veces puede coincidir con el interés particular del imputado, pues su función es la reconstrucción del orden jurídico alterado. Así lo ha entendido el representante de la República Argentina, doctor José María Ruda, en la discusión del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la ley debe conceder idénticas garantías a todos los que se encuentran en la misma situación ante los tribunales en materia criminal, los derechos del Procurador General no son iguales que los del acusado. Todos los individuos deben ser objeto de igual protección, pero no son iguales ante los tribunales, ya que las circunstancias varían en cada caso (confr. Trabajos preparatorios del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Naciones Unidas, Asamblea General, tercera comisión, decimocuarto período de sesiones, art. 14 de proyecto, 24 de noviembre de 1959) (considerando 10).

(...) el principio de la igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones ó privilegios que escluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos (Sic, Fallos: 16:118; 137:105; 270:374; 306:1560, entre otros) (considerando 11).

De acuerdo con lo expuesto, la igualdad procesal no configura una razón valedera para erigir un recurso contra el fallo absolutorio.

VIII. Cuestiones no abordadas: la nulidad de la sentencia absolutoria y reenvío

La extensión que en esta publicación insumiría el abordaje de la nulidad de la sentencia absolutoria, decretada por el tribunal *ad quem* con reenvío a la instancia

de origen para el dictado de un nuevo pronunciamiento, hace necesario un abordaje separado. Estos casos, alcanzados por un efecto muy potente de la nulidad procesal conocido como *retrogradación de la serie procesal*, llevan implícita la invalidación del debate oral para hacer posible que una nueva composición del tribunal *a quo* puede dictar la sentencia. El fenómeno presenta aspectos comunes con las abordadas en este trabajo, pero reconoce problemáticas propias derivadas de la *invalidación de la sentencia y del juicio previo* y su reedición.

IX. Conclusiones

La garantía del debido proceso en materia penal reconoce dos condiciones sucesivas, coherentes y complementarias para penar. La primera surge del texto constitucional y se define con la expresión “juicio previo”. El juicio previo implica que la *pena* solo puede ser impuesta por la sentencia que deriva en forma directa del juicio, su antecedente lógico. El adjetivo “previo” arraiga la conexión lógica y consecencial entre proceso y sentencia condenatoria. El adjetivo señala una cualidad que particulariza la esencia del sustantivo (juicio) y que lo caracteriza más allá de la referencia meramente temporal. La segunda condición, que se presenta cuando la sentencia dictada es condenatoria, emerge de la CADH y del PIDCP y se define como doble conforme o doble instancia. La persona que ha resultado condenada tiene derecho a obtener la revisión de la decisión por un tribunal distinto al que pronunció el fallo condenatorio. La segunda condición, que ha sido material de desarrollo especial por la Corte IDH, no puede interpretarse ni aplicarse en nuestro país con independencia de la primera condición o en detrimento de esta. La mayor protección derivada del derecho interno debe integrarse incrementando los estándares mínimos previstos por los instrumentos internacionales.

Si el restado del juicio es una sentencia absolutoria y el proceso fue llevado en forma regular y sin vicios esenciales, las condiciones analizadas impiden que un órgano jurisdiccional en la instancia impugnativa revoque la absolución y dicte una condena.

La condena procedente de una instancia revisora infringe la primera condición, por no resultar la consecuencia del juicio previo sino de la fase recursiva.

X. Bibliografía

Alvarado Velloso, A. (2015). *Lecciones de Derecho Procesal adaptadas a la legislación procesal civil y penal de la provincia de Buenos Aires por Gustavo Calvino y Gabriel H. Di Giulio*. Buenos Aires: Astrea.

Cafferata Nores, J. I. (2011). *Proceso Penal y Derechos Humanos: la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en*

el proceso penal argentino, 2da. ed. 1ra. reimpresión. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Carbone, C. A. (2018). Sentencia arbitraria que nulifica condena en caso de jurado popular estancado. *LLBA* 2018 (octubre), 3, versión online AR/DOC/2181/2018. Recuperado de www.informaciónlegal.com.ar [Fecha de consulta: 28/03/2020].

Chiara Díaz, C. A. y La Rosa, M. R. (2013). *Derecho Procesal Penal*, tomo 2. Buenos Aires: Astrea.

Di Blasio, Y. (2019). Nulidad de sentencia y ne bis in idem. Los infortunios del eterno acusado. *DPyC* (septiembre), 13/09/2019, 256. Recuperado de www.informaciónlegal.com.ar [Fecha de consulta: 25/03/2020].

Di Giulio, G. H. (2019). Acción penal, prescripción y delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes. En M. H Borinsky y D. Shurjin Almenar, *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal* (pp. 859-873). Buenos Aires: Erreius S.A.

Díaz Cantón, F. (2001). El cuestionamiento a la legitimidad del recurso del acusador contra la sentencia con miras a agravar la situación del imputado. *Nueva Doctrina Penal*, 2001/A (pp. 145-162). Buenos Aires: Editores del Puerto.

Freire, M. (2019). La impugnación del fiscal contra las sentencias definitivas. Su configuración en el diagrama recursivo bonaerense. *LLBA* (agosto), 1. Recuperado de www.informaciónlegal.com.ar [Fecha de consulta: 27/03/2020].

Herbel, G. A. (2013). *Derecho del imputado a revisar su condena*. Buenos Aires: Hammurabi.

Isola, A. E. (2005). *El recurso extraordinario federal, de qué manera influye en el recurso de casación penal?* Recuperado de www.saij.jus.gov.ar [Fecha de consulta: 25/03/2020].

Jauchen, E. M. (2005). *Derechos del Imputado*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

Maier, J. B. J. (2004). ¿Es la “inmediación” una condición de la condena penal?: un aspecto parcial de la lucha entre Inquisición vs. Composición. *Jueces para la democracia*, Nº 49, (pp. 13-20). Recuperado de www.informaciónlegal.com.ar [Fecha de consulta: 02/03/2020].

Maier, J. B. J. (2015). *Derecho Procesal Penal, tomo III (Parte General. Actos procesales)*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Massuh, V. (1990). *La flecha del tiempo*. Buenos Aires: Emece.

Nestares Camargo, P. (2019). Avances de los derechos de la víctima en la ley 27.372. *DPyC* (octubre), 83. Recuperado de www.informaciónlegal.com.ar [Fecha de consulta: 26/03/2020].

Nino, C. S. (2017). *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. 5ta. reimpresión. Buenos Aires: Astrea.

Pastor, D. (1997). Recurso de Casación y anulación de oficio. *Nueva Doctrina Penal*, 1997/B (pp. 669-684). Buenos Aires: Del Puerto.

Rovatti, P. (2016). Casación positiva “contra reo”. El paradójico derecho de recurrir “condenas sin juicio”. En A. E. Ledesma (Dir.) y M. Lopardo (Coord.), *El debido proceso penal* (pp. 113-160). Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

Sienra Martínez, A. (2001). La Facultad del Ministerio Público de recurrir la sentencia en contra del imputado: su inconstitucionalidad. En E. S. Hendler (Comp.), *Las garantías penales y procesales: enfoque histórico-comparado* (pp. 175-208). Buenos Aires: Del Puerto.

Solimine, M. A. (2013). Recurso contra la condena por absolución revocada: doble instancia, ne bis in idem. *Revista Jurídica La Ley* (pp. 1-14), 2013-C.

Vaccaro, N. C. y Sandhagen, A. (2020). Los puntos oscuros del precedente “P, S. M.”. A propósito de la sentencia de la Corte Suprema sobre la revisión horizontal. *RDP 2020-4*. Recuperado de www.informaciónlegal.com.ar [Fecha de consulta: 26/03/2020].

Zarini, H. J. (1993). *Análisis de la Constitución nacional. Comentario exegético, origen, reformas, concordancias y antecedentes*, 3ra. ed. ampliada y actualizada. 1ra. reimpresión. Buenos Aires: Astrea.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia la Nación Argentina.

Fallos: 272: 188 (“Mattei”).

Fallos: 318: 514 (“Gioldi”).

Fallos: 320: 2145 (“Arce”).

Fallos: 321: 1173 (“Alvarado”).

Fallos: 328: 1108 (“Di Nunzio”).

Fallos: 328: 3399 (“Casal”).

Fallos: 329: 1447 (“Olmos”).

Fallos: 329: 5994 (“Juri”).

Fallos: 333: 1687 (“Sandoval”).

Fallos: 337: 901 (“Duarte”).

Corte Suprema de Justicia de la Nación, CSJ 5207/2014/RH1, “P, S. M. y otro s/ homicidio simple”, 26/12/2019. Recuperado de www.csjn.gov.ar [Fecha de consulta: 26/03/2020].

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Causa P 108.199, “Carrascosa, Carlos Alberto. Recurso de casación”, 24/06/15. Recuperado de <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=132502> [Fecha de consulta: 27/03/2020].

Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros *vs.* Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C N° 52.

Corte IDH. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros *vs.* Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C N° 94.

Corte IDH. Caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C N° 107.

Corte IDH. Caso Tiu Tojín *vs.* Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C N° 190.

Corte IDH. Caso Barreto Leiva *vs.* Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C N° 206.

Corte IDH. Caso Barbani Duarte y otros *vs.* Uruguay. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C N° 243.

Corte IDH. Caso Mohamed *vs.* Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C N° 255.

Fecha de recepción: 01-04-2020

Fecha de aceptación: 18-06-2020

La autonomía económica y financiera de los municipios con particular atención al poder tributario

POR **MARÍA JOSEFINA GOÑI**(*)

Sumario: I. Introducción.- II. La naturaleza jurídica institucional del municipio.- III. La autonomía económico financiera y el poder tributario de los municipios.- IV. Recepción constitucional de la potestad impositiva municipal en el derecho público provincial.- V. Limitaciones a la potestad tributaria de los municipios.- VI. El tema en la provincia de Buenos Aires.- VII. Conclusiones.- VIII. Bibliografía.

Resumen: en el presente trabajo se aborda la problemática de las limitaciones tributarias que encuentran los municipios argentinos, que, de conformidad al artículo 123 de la Constitución Nacional reformada en el año 1994, son autónomos. En el contexto mencionado se evalúa el alcance del poder de imposición de los municipios en nuestro país. Asimismo, se considera el tema en la provincia de Buenos Aires donde si bien el régimen municipal no se ha reformado en la reforma constitucional realizada en el año 1994, los municipios presentan autonomía económico-financiera y la dificultad se encuentra en relación a la aplicación de las normas. En lo atinente a la metodología utilizada se recurre al método analítico comparativo de diferentes constituciones provinciales argentinas con respecto a la aplicación de las políticas fiscales federales relacionadas con los municipios. Asimismo, se recurre al método racional deductivo e histórico, para analizar los cambios producidos en la evolución de nuestro federalismo.

(*) Abogada, Universidad Nacional de La Plata. Esp. en Abogados del Estado, Universidad Nacional de La Plata. Esp. en Docencia Universitaria, Universidad Nacional de La Plata. Prof. Adjunta Ordinaria Derecho Público Provincial y Municipal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP. Docente Investigadora Programa de Incentivos Categoría IV.

Palabras claves: municipios - autonomía económico -financiera - poder tributario

The economic financial autonomy of the municipalities with particular attention to the tax power

Abstract: *in this paper, the problem of tax limitations encountered by Argentine municipalities is addressed, which, in accordance with the 123 Article of the National Constitution, amended in 1994, they are autonomous. In the aforementioned context, the possibility that municipalities exercise tax power is evaluated. The topic is also considered in the Province of Buenos Aires. In the mentioned province, although the municipal regime has not been reformed in the constitutional reform carried out in 1994, the municipalities have economic-financial autonomy and the difficulty is in relation to the application of the regulations. Regarding the methodology used, the comparative analytical method of different Argentine provincial constitutions is used with respect to the application of federal fiscal policies related to the municipalities. Likewise, the rational deductive and historical method is used to analyze the changes produced in the evolution of our federalism.*

Keywords: *municipalities - economic autonomy - financial - tax power*

I. Introducción

El proceso de centralización padecido a lo largo de la historia argentina produjo una notoria discordancia entre la constitución y la realidad (Hernández, 2012). En materia económica, la dificultosa vigencia de la constitución se hizo evidente ya que en la realidad se fue imponiendo un proyecto unitarizante de centralización en el gobierno federal, asentado en el puerto de Buenos Aires, que fue avanzando sobre las autonomías provinciales y municipales (Hernández, 2012). Dicho proceso no pudo frenarse con la reforma constitucional de 1994, basada en la descentralización del poder (Hernández, 2012). En consecuencia, en la actualidad el gobierno federal ha avanzado sobre los recursos tributarios de las provincias y los municipios acentuando su dependencia económica, política y social (Hernández, 2012).

En nuestro país, la reforma constitucional del año 1994 incorporó la preocupación por el sector municipal, el cual enfrenta demandas crecientes de sus servicios; sin embargo, sus sistemas tributarios y de administración tributaria no están diseñados para financiar ese crecimiento (Porto, 2012). En dicho sentido, Llach (2013) se refiere a “lo (...) que se observa en todo el mundo (...) el renacer de lo local (...) (que consiste en darles) (...) a los municipios un rol importante en el régimen fiscal federal, basado en otorgarles potestades tributarias, en consonancia con la autonomía que les concedió la constitución de 1994 (...)” (2013, p. 226).

El autor citado sostiene la necesidad de “(...) redefinir (las) (...) misiones y funciones (municipales) (...) dándoles de Jure al menos algunas de las responsabilidades que están asumiendo de facto en seguridad, asistencia social o inclusive educación” (Llach, 2013, p. 226).

Como sostiene Álvarez Echagüe (1999), el artículo 123 de la Constitución Nacional (CN) nos dice que los municipios son autónomos aun cuando las provincias deban reglar el alcance de dicha autonomía. En dicho sentido, distintas constituciones provinciales al establecer el alcance del poder tributario municipal han consagrado la posibilidad de que los municipios creen y apliquen impuestos.

En la provincia de Buenos Aires el régimen municipal no fue modificado con la reforma constitucional que se realizara en el año 1994, incumpliendo el mandato de la CN reformada en ese mismo año, siendo posterior la sanción de la constitución provincial. En dicho sentido, como veremos en la mencionada provincia, a pesar de que el régimen municipal consagrado data del año 1873, a la luz de la jurisprudencia de su máximo tribunal los municipios presentan autonomía. Asimismo, al igual que en otras cartas provinciales, los municipios bonaerenses pueden crear y aplicar impuestos. A pesar de lo dicho en la constitución de la provincia de Buenos Aires, en la práctica, en los municipios de la provincia el alcance del poder tributario se extiende a la creación y aplicación de tasas y contribuciones de mejoras.

II. La naturaleza jurídica institucional del municipio

Los municipios, a la luz de la CN reformada en el año 1994, son autónomos. La autonomía municipal es para Hernández (1997), siguiendo a Dana Montaña, “(...) una cualidad específica de la corporación, que la distingue de otras corporaciones: su capacidad de gobierno propia (...) su facultad de organizarse, en las condiciones de la ley fundamental, de darse sus instituciones y de gobernarse por ellas con prescindencia de todo otro poder” (Hernández, 1997, p. 373).

En dicho sentido, la reforma efectuada a la CN en el año 1994 incorpora la expresión autonomía municipal en el artículo 123, que complementa al artículo 5 consagrado en la Constitución de 1853-60 (Reca, 2013). El artículo 5 de la CN dice que: “Cada provincia dictará para sí una Constitución (...) que asegure (...) su régimen municipal (...). Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”.

De acuerdo a lo expuesto, la CN reformada en el año 1994 (1) consagra la autonomía municipal en el artículo 123: “Cada provincia dicta su propia constitución,

(1) Como sostiene Ábalos (2015), se considera la importancia de la reforma constitucional del año 1994 ya que al reconocer la autonomía municipal y al exigir a las provincias asegurarla logró

conforme a lo dispuesto por el artículo 5º asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”.

La ya mencionada reforma constitucional de 1994, de acuerdo con Hernández (2008), profundizó la descentralización para el Estado argentino al consagrar las autonomías de la Ciudad de Buenos Aires y de los municipios. Con respecto a los municipios entendemos que, si bien la reforma constitucional de 1994 consagró la autonomía municipal por el artículo 123, “las que deben asegurar el régimen municipal siguen siendo las provincias” (Hernández, 2008, p. 77).

Asimismo, respecto a lo dispuesto en el artículo 123 de la CN, debe tenerse presente —como dice Hernández (1997)— que para la convención constituyente el término asegurando significa el reconocimiento de lo que ya existe, como institución natural y necesaria basada en las relaciones de vecindad.

De acuerdo con Álvarez Echagüe (1999), desde la reforma constitucional del año 1994 los municipios son autónomos aun cuando las provincias deban reglar el alcance y contenido de dicha autonomía. Asimismo, Álvarez Echagüe (2005) entiende que la facultad de las provincias de reglar el alcance y contenido de la autonomía municipal no debe ser entendida como sinónimo de vaciamiento. En este sentido, expresa Ábalos (2015) que, al fijar el ‘alcance y contenido’ de la autonomía municipal, ninguna provincia podrá en cada grado de autonomía privar al municipio de un contenido mínimo ni extralimitarse dificultando el ejercicio de potestades nacionales o provinciales. Para cumplir lo expuesto, la autora propone la “(...) coordinación de potestades que permita el crecimiento municipal en beneficio de la provincia para el fortalecimiento nacional” (Ábalos, 2015, p. 2).

Con respecto al alcance y contenido de la autonomía municipal, siguiendo a Ábalos (2015), se debe tener presente que la “la Constitución Nacional solamente declara tal autonomía y enumera sus ámbitos característicos, pero no la define, dejando a cada provincia la facultad de delinear su contenido conforme a su propia realidad municipal” (p. 2). Siguiendo a la autora citada

(...) el orden: el institucional, supone la facultad de dictarse su propia carta fundamental mediante una convención convocada al efecto; el político, de elegir a sus autoridades y regirse por ellas; el administra-

esclarecer los debates doctrinarios y jurisprudenciales que dominaron la escena local durante gran parte del siglo XX. Asimismo, como dice Álvarez Echagüe (2005), la normativa constitucional recepta la evolución jurisprudencial que ha pasado de entender a los municipios como meras delegaciones administrativas a pronunciarse estableciendo su autonomía y reconocer desde 1957 que la autonomía ya se había consagrado en el constitucionalismo provincial.

tivo la gestión y organización de los intereses locales, servicios, obras, etc.; y el económico y financiero: organizar su sistema rentístico, administrar su presupuesto, recursos propios, e inversión de ellos sin controlador de otro poder (2015, p. 2).

Ábalos expresa que a las constituciones provinciales “(...) es posible clasificarlas teniendo en cuenta el momento en que han sido sancionadas, y los diferentes alcances y significaciones atribuidos al término autonomía” (2003, p. 332).

En dicho sentido, los municipios que tienen autonomía plena son autónomos en todos los ámbitos enumerados en el artículo 123 CN. La autonomía condicionada, limitada o restringida exige que la carta orgánica municipal sea aprobada por el Poder Legislativo provincial. Autonomía semiplena se presenta cuando en la constitución provincial no se reconoce autonomía local en el orden institucional, sin perjuicio de ostentar autonomía en los demás ámbitos, aunque con matices. En este grupo dice la autora citada que se encuentran Buenos Aires, Santa Fe y Mendoza. Dichas provincias le confieren al poder legislativo provincial la facultad de dictar la ley orgánica que regirá a los municipios (Ábalos, 2003). En el presente trabajo se entiende que la falta de reforma del régimen municipal bonaerense no admite disculpas, ya que la Constitución de Mendoza data de 1916 y la de Santa Fe de 1962, en cambio, en el caso de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, como dice Reca (2013) (2), pese a haberse sancionado casi con simultaneidad a la reforma de la CN de 1994, mantiene en el régimen municipal lo expresado en la constitución de 1873 (3).

Con respecto a la autonomía municipal, Rosatti (2006) sostiene que para que un municipio tenga autonomía en el sentido del artículo 123 de la CN, debe reunir cinco atribuciones; a saber: autonormatividad constituyente, que es la capacidad de darse su propia norma fundamental; autocefalía, que es la capacidad de elegir sus propias autoridades; autarcía, que consiste en la autosatisfacción económica y financiera, derivada de poseer recursos propios; materia propia, es decir, el reconocimiento de facultades de legislación, ejecución y jurisdicción; autodeterminación política, que consiste en el reconocimiento de garantías frente a las presiones políticas (Rosatti, 2006). Siguiendo al autor citado, considerando que en la provincia de Buenos Aires ningún municipio se encuentra habilitado a dictar su carta orgánica, se está incumpliendo el artículo 123 de la CN.

(2) En dicho sentido, dice Reca (2007) que nuestro régimen municipal data de 1873, ya que la constitución de la provincia de Buenos Aires no ha encontrado cambios en las reformas que se efectuaran en 1934 y 1889 (p. 77).

(3) La consagración de los distintos aspectos de la autonomía municipal merece un abordaje en profundidad que excede a al presente trabajo.

Desde el derecho tributario, expresa Álvarez Echagüe (2002) que luego de la reforma constitucional de 1994 para un sector de la doctrina los municipios continúan subordinados al ordenamiento de la provincia. En dicho sentido, desde la postura citada, Bulit Goñi argumenta que luego de la reforma constitucional se permite mantener la vigencia de la Ley de coparticipación, los Pactos Federales que la complementan y el régimen especial de participación tributaria de los ingresos brutos. Asimismo, el autor citado por Álvarez Echagüe (2002) dice que hay más de 1500 municipalidades a lo largo y a lo ancho de todo el territorio nacional, siendo imposible lograr la coordinación de las mismas. En dicho sentido, para Bulit Goñi, citado por Álvarez Echagüe (2002), el objetivo de la reforma constitucional era fortalecer el federalismo con una Nación soberana, las provincias autónomas y los municipios autárquicos.

Se entiende que si bien los municipios, a la luz de la reforma constitucional del año 1994, no se encuentran insertos en la relación federal con la misma jerarquía que la nación y las provincias, como veremos en este trabajo, ello no supone desconocerles su autonomía y su poder tributario. Al respecto, Álvarez Echagüe (2002) dice que “(...) los municipios constituyen un ente gubernamental de jerarquía inferior a las provincias y, obviamente de la Nación (...)”; asimismo, “(...) poseen autonomía, pero obviamente inferior a la de las provincias, que podemos denominar autonomía atenuada o de segundo grado, entendiendo de primer grado a la que detentan los entes provinciales, pero que no por esa subordinación se transforma en autarquía” (p. 11). De manera que, para el autor citado, la distribución del poder en nuestro país se organiza con una “(...) Nación soberana, Provincias autónomas, y Municipios con autonomía de segundo grado o atenuada, siendo lo más conveniente que estos poderes actúen, más que subordinadamente, en forma independiente y coordinada” (Álvarez Echagüe, 2002, p. 11).

Asimismo, con respecto a la jerarquía que encuentran los municipios en nuestro Estado Federal, Ábalos (2015) entiende con Barrera Buteler que “(...) el nuevo artículo 123 no ha introducido ninguna modificación sustancial en lo que se refiere a la inserción de los municipios en la relación federal (...)”. En dicho sentido, la autora mencionada dice que la reforma del 94 ha clarificado la condición de estos pero no ha variado su status “de sujetos ‘en’ la relación federal”. Asimismo, dice que “(...) la relación federal se traba entre comunidades mayores que comprenden en su seno a una pluralidad de municipios, que son sujetos ‘en’ la relación federal pero no ‘de’ la relación federal porque no son parte de ésta sino a través de la provincia en cuyo seno existen” (Ábalos, 2015, p. 1).

III. La autonomía económico financiera y el poder tributario de los municipios

Explica Fazio (2010) que la autonomía económico-financiera son dos autonomías distintas que van de la mano. Para el autor citado, la autonomía económica

es la “(...) facultad del municipio de procurarse sus recursos propios sin intervención de ningún otro orden estatal (sin perjuicio de que a algunos de ellos los perciba de otros niveles de gobierno en virtud, v.gr. de regímenes de coparticipación) (...)” (p. 338), y la autonomía financiera consiste en la percepción e inversión de recursos (p. 338). Para Hernández (1997), la autonomía económico financiera “(...) comprende la libre creación, recaudación e inversión de las rentas para satisfacer los gastos del gobierno propio y satisfacer sus fines, que no son otros que el bien común de la sociedad local” (p. 386).

Sobre la autonomía económica y financiera de los municipios, en el seno de la Convención Constituyente el convencional Hugo Prieto sostuvo que

(...) los planos económico y financiero han sido especialmente considerados en el texto constitucional (...). De esta manera estamos especificando y dejando en claro que **los municipios argentinos van a poder generar sus rentas y recaudar para invertir y controlar sus propios recursos que, a su vez, podrán ser manejados independientemente de otro poder**, completando así las facultades de administración que les son propios (...) (Álvarez Echagüe, 1999, p. 2447) (4).

De acuerdo con Álvarez Echagüe (2005), la autonomía económica y financiera permite al municipio ser considerado plenamente autónomo. Asimismo, de acuerdo con el autor citado, hay que entender a la autonomía no solo en el sentido de poder administrar recursos, sino que los municipios deben contar con los ingresos suficientes para hacer frente a las funciones que les son inherentes y transferidas. De este forma, como dice Ábalos (2015), para que la autonomía municipal no sea una mera declamación debe ser reconocida en el ámbito económico y financiero que contribuye a la fortaleza institucional del municipio.

De acuerdo a lo expuesto en los párrafos precedentes, la autonomía económica y financiera hace efectiva la autonomía municipal y las provincias son las encargadas de definir, precisar y coordinar los poderes a asignar a los municipios. En dicho sentido, luego de la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Intendente Municipal Capital s/amparo” del 11 de noviembre de 2014 (5), destacó que

6) Que el texto de la Constitución histórica reconocía la existencia de un régimen municipal en el ámbito de las provincias (artículo 5º). De

(4) El resaltado pertenece al texto original.

(5) En el año 2014, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expide en la causa “Recurso de Hecho Intendente Municipal Capital s/Amparo”, en atención al incumplimiento por parte de la provincia de La Rioja de dictar el régimen de Coparticipación municipal previsto en su Constitución y en el artículo 9 inc. g de la ley 23.548, de conformidad con los artículos 5 y 123 de la Constitución Nacional.

hecho, Juan Bautista Alberdi ya lo apuntaba en su Derecho Público Provincial como el orden de gobierno *más inteligente y capaz de administrar los asuntos locales* siempre que no se produjese *injerencia del Poder político o Gobierno general de la provincia*. Al precisar el alcance del artículo 5º, esta Corte interpretó que la necesaria existencia de un régimen municipal impuesto por ese artículo de la Constitución Nacional *determina que las leyes provinciales no solo deben imperativamente establecer los municipios, sino que no pueden privarlos de las atribuciones mínimas necesarias para desempeñar su cometido. Si los municipios se encontrasen sujetos en esos aspectos a las decisiones de una autoridad extraña —aunque se tratara de la provincial— esta podría llegar a impedirles desarrollar su acción específica, mediante diversas restricciones o imposiciones, capaces de desarticular las bases de su organización funcional* (6).

8º) Que el artículo 123 enlaza el principio de la autonomía municipal a la capacidad financiera de los municipios para ejercerla: *los planos económico y financiero han sido especialmente considerados en el texto constitucional porque tienen una importancia superlativa. De esta manera estamos especificando y dejando en claro que los municipios argentinos van a poder (...) controlar sus propios recursos que, a su vez, podrán ser manejados independientemente de otro poder, complementando así las facultades de administración que les son propias* (sesión del 4 de agosto, intervención del Convencional Prieto al informar el dictamen de mayoría de la Comisión del Régimen Federal, sus Economías y Autonomía Municipal) (7).

Asimismo, el máximo tribunal al referirse a las competencias municipales (en el considerando 9) dice que la reforma mantuvo la potestad de que cada provincia al dictar su propia constitución lo haga, en un marco de contenidos que deben definir y precisar con el fin de coordinar los poderes que conservan según surge de los artículos 121, 122, 124 y 125, con el mayor grado posible de atribuciones municipales en los ámbitos de actuación mencionados en el artículo 123.

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sosteniendo la autonomía municipal en el caso “Municipalidad de la Ciudad de La Banda c/ Gobierno de la Provincia de Santiago del Estero s/ conflicto entre poderes públicos”, del 23 de agosto de 2018. Dicho fallo guarda analogía con la causa “Intendente Municipal Capital”, ya que se encontraba en discusión la efectiva

(6) La cursiva corresponde al texto original.

(7) La cursiva corresponde al texto original.

aplicación del régimen de coparticipación federal de impuestos y el derecho de los municipios a gozar de la autonomía de acuerdo con los artículos 5 y 123 CN.

Con respecto al poder tributario de los municipios, Raúl Heredia (2005) afirma que

(...) significa la facultad o la posibilidad jurídica del Estado de exigir contribuciones con respecto a personas o bienes que se hallan en su jurisdicción; *es la facultad de aplicar contribuciones (o establecer exenciones), o sea, el poder de sancionar normas jurídicas de las cuales derive o pueda derivar, a cargo de determinados individuos o de determinada categoría de individuos, la obligación de pagar un impuesto o de respetar un límite tributario*, en concepto de Berliri adoptado por Giuliani Fonrouge (...) “es, en suma, la potestad de gravar” (Heredia, 2005, p. 166) (8).

En torno al tema del poder tributario de los municipios, la doctrina y la jurisprudencia durante años se encontraron divididas al debatir sobre si los municipios tenían potestades originarias o derivadas para crear y aplicar impuestos (Montbrun, 2003). En dicho sentido, Luqui, Jarach y García Belsunce sostuvieron que los municipios no podían establecer impuestos sino que solo estaban habilitados para establecer tasas retributivas de servicios, salvo que el poder de imposición se les hubiera delegado expresamente (Montbrun, 2003). Dicha postura fue avalada también por algunos especialistas en derecho administrativo como Bielsa y Mariehoff, argumentando que los municipios son entes autárquicos, de naturaleza administrativa, creados por la ley y con poder delegado (Montbrun, 2003). La postura de la autarquía, como dice Montbrun (2003), en la actualidad es insostenible.

Sobre la controversia que ha surgido a nivel doctrinario acerca de si el poder tributario de los municipios es originario o derivado, nos dice Álvarez Echagüe (2002) que la mayor parte de la doctrina ha establecido que las provincias y la nación poseen poder tributario originario, ya que la constitución lo establece expresamente, mientras que los municipios tienen poder tributario delegado o derivado ya que no lo tienen reconocido directamente en la Constitución nacional. Sin embargo, para Giuliani Fonrouge, citado por Álvarez Echagüe (2002), los municipios, las provincias y la Nación poseen poder tributario originario ya que tienen facultades tributarias de la misma naturaleza. En dicho sentido, Álvarez Echagüe (2002) respecto del poder tributario originario o derivado entiende que las posturas doctrinarias mencionadas no pueden ser comparadas, ya que recurren a distintos criterios de clasificación no pudiendo ser consideradas como contradictorias.

(8) La cursiva corresponde a la cita original.

Dice el autor citado que el criterio mayoritario realiza una clasificación del poder tributario basada en lo establecido en la constitución, mientras que el otro criterio no hace distinción alguna, sino que parte de la necesidad que tienen los órganos de gobierno de contar con recursos para hacer frente los gastos para cumplir sus cometidos constitucionales. Álvarez Echagüe (2002) adhiere a la postura de Giuliani Fonrouge, que dice que no se puede concebir un ente de gobierno que no detente poder tributario a fin de cumplir con sus obligaciones. Desde la normativa constitucional, el autor citado considera que solo las provincias cuentan con poder tributario originario, que surge de lo establecido en el artículo 121 CN, ya que conservan todo el poder no delegado al gobierno nacional. De manera que la Nación y los municipios poseen poder tributario derivado o delegado porque que sus potestades tributarias provienen de la delegación que expresamente hicieron las provincias a través de la CN al momento de dictarse esta última. De acuerdo con Álvarez Echagüe (2002), luego de la reforma constitucional de 1994 los municipios tienen reconocido su poder tributario en forma expresa en la CN más allá del mayor o menor alcance que se les otorgue. Dicho poder tributario surge de lo establecido en los artículos 123 —“(...) asegurando la autonomía municipal (...) en el orden (...) económico y financiero (...)” — y 75 inciso 30 —“(...) La autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición (...)”.

Con respecto a la naturaleza del poder tributario, a título informativo nos dice Álvarez Echagüe (2002) que la Corte suprema de Justicia de la Nación sustenta el criterio por el cual solo las provincias tienen poder tributario originario pues conservan todo el poder no delegado y como la delegación la hacen a través de la CN le han conferido atribuciones financieras a la nación y a los municipios que detentan un poder tributario derivado o delegado. Para el autor citado, sin importar que el poder tributario sea originario o derivado, no se puede ignorar que la CN ha establecido que los municipios son entes de gobierno autónomos, lo que lleva a determinar que cuentan con poder de imposición propio a fin de cumplir con las incumbencias que les son inherentes y las que les han sido transferidas de la nación y las provincias.

De acuerdo a lo expuesto el artículo 75 inciso 30 de la Constitución Nacional reformada en el año 1994, dispone que le corresponde al Congreso:

Inciso 30. Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la Capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.

El artículo desarrollado en el párrafo anterior, como dice Gelli (2018), concluye con diversas interpretaciones a las que daba lugar el anterior artículo 67 inciso 27 de la CN. Asimismo, de acuerdo con Gelli (2018), dicho artículo viene a reconocer los poderes de policía e imposición de las provincias y los municipios en los establecimientos de utilidad nacional en tanto no interfieran con la finalidad de los mismos. Como dice la autora citada, a partir de la reforma de 1994 la Corte Suprema encuentra la regla de la no obstrucción o interferencia que emana de la Constitución Nacional.

De acuerdo con Ábalos (2015), la consagración de la autonomía municipal en el artículo 123 de la CN implica reconocer a los municipios poder tributario propio, pero siempre dentro de los límites impuestos por el ordenamiento provincial al que pertenecen. Asimismo, de acuerdo con la autora citada, este poder tributario propio y originario es inherente al Estado mismo. En dicho sentido, siguiendo a la autora, el poder tributario de los municipios es originario pero no ilimitado, sino que, por el contrario, son las provincias las que deben asegurar y reglar los contenidos de la autonomía municipal respetando la distribución de competencias plasmada en la norma constitucional nacional, buscando compatibilizar dichas facultades con las propias. Así, como dice la autora citada, la existencia de atribuciones tributarias municipales viene garantizada por la propia Constitución Nacional, mientras que su contenido y límites es obra de las normas provinciales, las cuales deberán tener presente las realidades propias de cada comunidad local dando respuestas concretas (Ábalos, 2015, p. 3).

Sobre el tema, Heredia (2005) dice que

Los municipios gozan de ‘poder tributario originario’ que ejercen sin ningún condicionamiento devenido de las otras esferas de gobierno o entes estatales, con las limitaciones constitucionales en cuanto a su propia esfera competencial y de resguardo de los derechos de los contribuyentes y los principios de la tributación, como una emanación natural de su dimensión y dignidad institucional reconocida en la constitución nacional. Toda restricción a dicho poder tributario originario que unilateralmente provenga de las otras esferas u otros entes estatales, supone quebrantar la autonomía municipal, que no es tal si se admite esa posibilidad, y, por tanto, una violación a la Constitución (artículos 5 y 123, CN) (p. 173).

Asimismo, se puede considerar que, con respecto al alcance del poder tributario, como dice Álvarez Echagüe (2000) —que recepta la postura de Villegas y Baistrocchi—, a las comunas les es aplicable la teoría de la permisión, de manera que pueden ejercer atribuciones tributarias con total libertad, estableciendo todo tipo de tributos en tanto la provincia no lo limite, teniendo en cuenta siempre las

limitaciones provenientes de la Constitución Nacional y la legislación del gobierno federal (p. 23).

Sobre este tema es preciso destacar que los impuestos, como dice Montbrun (2003), se dirigen al financiamiento de servicios de carácter indivisible (9), que no pueden ser prorrateados en su costo como las tasas. Sin embargo, se debe considerar que, en la práctica, dadas las limitaciones tributarias que surgen en nuestro Estado federal, la facultad de establecer impuestos a nivel municipal se encuentra reducida al mínimo o deja de existir ya que no quedan materias impositivas para gravar. Como dice Álvarez Echagüe (2002), la búsqueda de parte de los municipios por obtener recursos al no poder establecer gravámenes análogos a los establecidos en el mencionado régimen los ha llevado que recurrir a otra clase de tributos, específicamente tasas, que constituyen verdaderos impuestos (10).

Como dice Álvarez Echagüe (2002), las tasas (11) son la principal fuente de recursos tributarios de los municipios, siendo las que más aportan al erario municipal. En relación a la tasa y a la prestación del servicio, dice el autor citado que hay dos posturas: una “que sostiene que la prestación del servicio debe ser efectiva como presupuesto para el cobro de la tasa, y la otra que admite que la prestación sea potencial es decir que es suficiente para exigir el cobro del tributo la descripción del servicio y su ofrecimiento. En dicho sentido, explica Álvarez Echagüe (1999) que la primera postura es la que sostiene la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la segunda es la que sostiene la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires. Con respecto a la contribución por mejoras (12), en nuestro país, dice el citado autor que es la especie tributaria que menos recursos genera para los municipios, ya que se aplica casi exclusivamente para financiar la pavimentación de calles, y los municipios no se sirven de ella para otro tipo de obras.

(9) Dice Núñez (2008) que la tasa se justifica en el pago del beneficio que recibe el contribuyente a cambio de los servicios que provee el gobierno municipal. Comenta el autor citado que hay casos que quedan comprendidos en lo que se llama gasto social o la construcción de obras no atribuibles individualmente a ningún contribuyente sino a la comuna, donde el tributo trasciende la figura de la tasa para adoptar la del impuesto por tratarse de servicios indivisibles u obras que no se pueden atribuir a determinada persona física o jurídica.

(10) Por ejemplo, su base imponible la constituye los ingresos brutos.

(11) Las tasas son “(...) prestaciones económicas, por lo general en dinero, requeridas compulsivamente por el Estado como contraprestación de un servicio público al menos determinado” (Ziulu, 1997, p. 227).

(12) Las contribuciones son “(...) prestaciones económicas, por lo general en dinero, requeridas compulsivamente por el Estado como consecuencia del mayor valor adquirido por los bienes de los habitantes, a quienes se les exige el pago por haber sido beneficiados económicamente por la realización de una obra pública” (Ziulu, 1997, p. 228).

IV. Recepción constitucional de la potestad impositiva municipal en el derecho público provincial (13)

Catamarca, artículo 253: “El Tesoro Municipal se formará: (...) Inciso 2: Con los impuestos permanentes o transitorios que se crearen especialmente sobre las industrias y profesiones ejercidas en su jurisdicción (...) patente de automotores (...)”.

Córdoba, artículo 188: “Las Municipalidades disponen de los siguientes recursos: Inciso 1: Impuestos municipales establecidos en la jurisdicción respectiva (...)”.

Corrientes, artículo 229: “Son recursos municipales propios, sin perjuicio de otros establecidos por ley o por convenio, los siguientes: (...) inciso 2: El impuesto a los automotores y otros rodados, y el impuesto inmobiliario urbano y suburbano o subrural, unificando las valuaciones y condiciones de cobro en todo el territorio provincial conforme lo determine la ley”.

Chaco, artículo 197: “Son recursos municipales: inciso 1: El impuesto inmobiliario sobre bienes raíces ubicados en el municipio y al mayor valor de la tierra libre de mejoras (...). Inciso 3: Los impuestos de abasto; extracción de arena, resaca y cascajo (...) la ecotasa para la preservación y mejora del ambiente; el impuesto de alumbrado, barrido y limpieza; las patentes de vehículos; los derechos de sellos, de oficina (...) el impuesto de delineación en los casos de nuevos edificios o renovación o de refacción de los ya construidos (...) la parte de los impuestos que se recauden en su jurisdicción en la proporción y formas fijadas por la ley (...)”.

Chubut, artículo 239: “Los municipios tienen rentas y bienes propios, siendo exclusiva su facultad de imposición respecto de las personas cosas o formas de actividad sujetas a jurisdicción municipal”; artículo 240 “Las municipalidades no pueden establecer impuestos al tránsito de la producción de frutos del país, con excepción de los de seguridad, higiene u otros de carácter esencialmente municipal y de las tasas por retribución de servicios”.

Entre Ríos, artículo 243: “El tesoro del municipio estará formado por: inciso 1: Lo recaudado en concepto de impuestos, tasas, derechos, contribuciones, cánones, regalías y demás tributos.”

Formosa, artículo 181: “Son recursos propios del municipio: inciso 1: El impuesto inmobiliario y gravámenes sobre tierras libres de mejoras (...); inciso 9: Los demás impuestos, tasas, patentes u otros gravámenes o contribuciones determinadas por las normas municipales en los límites de su competencia”.

(13) El presente análisis es de elaboración propia en base a las constituciones provinciales consultadas en Infoleg, información legislativa y documental.

Jujuy, artículo 192: “(...) el tesoro municipal se compone, además, de los recursos provenientes de: inciso 1: los impuestos (...) y demás tributos que el municipio establezca en sus ordenanzas, respetando los principios contenidos en esta Constitución y la ley (...); inciso 5: el impuesto al patentamiento y transferencia de los automotores, como así también el de habilitación para conducir, los que serán uniformes para todos los municipios y fijados por la ley (...); inciso 6 “la participación en un cincuenta por ciento del impuesto inmobiliario, cuya distribución será determinada por la ley (...)”

La Pampa, artículo 121: “El tesoro de los municipios estará formado por el producto de (...) impuestos fiscales que se perciban en su ejido (...)”

La Rioja, artículo 173: “Cada Municipio provee a los gastos de su administración con los fondos del tesoro municipal formado por el producido de la actividad económica que realice y los servicios que preste; con la participación, y en la forma que los municipios convengan con la provincia, del producido de los impuestos que el gobierno provincial o federal recaude en su jurisdicción (...)”

Mendoza, artículo 199: “La Ley Orgánica de las Municipalidades deslindará las atribuciones y responsabilidades de cada departamento, confiriéndole las facultades necesarias para que ellos puedan atender eficazmente a todos los intereses y servicios locales, con sujeción a las siguientes bases (...); inciso 6: Las municipalidades tendrán las rentas que determine la Ley Orgánica y en ningún caso podrán dictar ordenanzas creando impuestos ni contribuciones de ninguna clase, salvo respecto de los servicios municipales”

Misiones, artículo 167: “Son recursos municipales, sin perjuicio de los demás que la ley establezca: inciso 1: El impuesto a la propiedad inmobiliaria y a las actividades lucrativas, en concurrencia con la Provincia y en la forma que la ley determine.”

Neuquén, artículo 290: “Son recursos propios del municipio: inciso a: El impuesto a la propiedad inmobiliaria, conforme a las disposiciones del artículo 273 (...); inciso g: El impuesto a la propaganda cuando, en razón del medio empleado, aquella no exceda los límites territoriales del municipio (...); inciso i: Todos los demás que le atribuya la Nación, la Provincia o que resulten de convenios intermunicipales”

Río Negro, artículo 230: “El tesoro municipal está compuesto por (...). Inciso 2: Los impuestos y demás tributos necesarios para el cumplimiento de los fines y actividades propias. Pueden ser progresivos, abarcar los inmuebles libres de mejora y tener finalidad determinada en los casos previstos por ordenanza especial”

Salta, artículo 175: “Constituyen recursos propios de los Municipios: inciso 1: El impuesto a la propiedad inmobiliaria urbana (...); Inciso 2: Los impuestos cuya facultad de imposición corresponda por ley a las Municipalidades. Inciso 3: El impuesto a la radicación de automotores en los límites de cada uno de ellos”.

San Juan, artículo 253: “El tesoro del municipio estará formado por: inciso 1: Los impuestos cuya percepción no haya sido delegada a la provincia (...)”.

San Luis, artículo 270: “Las municipalidades, cualquiera sea su tipo, tienen los siguientes recursos: (...) inciso 5: Los impuestos sobre ramos que la ley específica señala”.

Santa Cruz, artículo 153: “Las Municipalidades podrán establecer por sí solos impuestos que graven los bienes inmuebles, que se encuentren en su jurisdicción, excluyendo las mejoras”.

Santa Fe, artículo 107: “Los municipios son organizados por la ley sobre la base (...). Inciso 3: con las atribuciones necesarias para una eficaz gestión de los intereses locales, a cuyo efecto la ley los proveerá de recursos financieros suficientes. A este último fin, pueden crear, recaudar y disponer libremente de recursos propios provenientes de las tasas y demás contribuciones que establezcan en su jurisdicción. Tienen, asimismo, participación en gravámenes directos o indirectos que recaude la Provincia, con un mínimo del cincuenta por ciento del producido del impuesto inmobiliario, de acuerdo con un régimen especial que asegure entre todos ellos una distribución proporcional, simultánea e inmediata”.

Tierra del Fuego, artículo 179: “El tesoro municipal está compuesto por (...). Inciso 2: Lo recaudado en concepto de impuestos, tasas, derechos, patentes, contribuciones de mejoras, multas y tributos necesarios para el cumplimiento de los fines y actividades propias (...)”.

Tucumán, artículo 135: “Los recursos municipales se formarán con (...). Inciso 1: Los tributos que se fijen según criterios de equidad, proporcionalidad y progresividad aplicada en armonía con el régimen impositivo provincial y federal”.

V. Limitaciones a la potestad tributaria de los municipios

En nuestro Estado federal, de acuerdo con Ábalos (2015), los municipios encuentran limitaciones a su potestad tributaria que pueden ser directas e indirectas. Las limitaciones directas provienen de la CN y las indirectas del derecho intrafederal, el cual comprende a la Ley de coparticipación y los pactos fiscales federales que han suscripto las provincias con la Nación.

Las limitaciones directas que surgen de la CN comprenden el principio de supremacía —artículo 31 y concordantes de la CN (14)—, las limitaciones que provienen la delegación de competencias que efectúan las provincias al Estado federal y las limitaciones que surgen de la parte dogmática de la Constitución Nacional (15) (Ábalos, 2015).

Con respecto al reparto de competencias tributarias, surge de la CN que le corresponde al Gobierno Nacional (16) establecer los impuestos indirectos externos debido a que no hay aduanas interiores de conformidad con los artículos 4, 9, 10, 11, 12, 75 inc. 1 y 126 CN. En dicho sentido, establecer los derechos de importación y exportación es una competencia del gobierno federal (Ábalos, 2015).

Los impuestos indirectos internos, de acuerdo con el artículo 75 inc. 2 de la CN, son concurrentes entre el gobierno federal y las provincias en forma permanente. Los impuestos directos, ordinariamente son de competencia provincial y excepcionalmente le corresponden al Estado federal, de conformidad con el artículo 75 inc. 2 de la Constitución Nacional.

Asimismo, la CN limita el poder tributario municipal en la Cláusula de comercio (17), artículo 75 inc. 13; en la Cláusula de progreso, artículo 75 inc. 18 (18), y en los establecimientos de utilidad nacional, artículo 75 inc. 30. Además, otras limitaciones directas son las que provienen de la parte dogmática (19) de la CN que comprende a los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, artículo 75 inc. 22 (Ábalos, 2015).

(14) La forma federal de gobierno, adoptada en el artículo 1 de la CN, supone una estructura jerárquica según la cual la Constitución y las normas nacionales priman sobre las provinciales y las municipales. Asimismo, en nuestro Estado federal se presentan relaciones de supra y subordinación entre la Nación y las provincias y entre estas y los municipios. En dicho sentido, la supremacía en la relación entre las provincias y los municipios se da en favor de la provincia. De manera que los municipios participan del poder político que le atribuye el constituyente provincial.

(15) Comprendiendo a los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional a los que se refiere el inc. 22 del artículo 75.

(16) Así la competencia exclusiva de la Nación para gravar con derechos de importación y exportación excluye la posibilidad de que tal tributo sea utilizado por las provincias o por los municipios.

(17) La denominada cláusula comercial se encuentra establecida en el artículo 75 inc. 13, a través de la cual las leyes que dicte el Congreso limitan el poder tributario, tanto provincial como municipal, cuando su ejercicio interfiere con el comercio interjurisdiccional de bienes y servicios.

(18) Por medio de la cláusula de progreso, el Congreso limita las facultades provinciales y municipales, para el logro de la prosperidad del país, encontrándose facultado a prohibir el ejercicio de potestades tributarias.

(19) Por ejemplo, las protegen el derecho de propiedad, y las que limitan la acción del poder público en relación al contribuyente, tales como el principio de legalidad, de igualdad, de generalidad, de no confiscatoriedad, de irretroactividad, de razonabilidad, de equidad, de proporcionalidad, etc.

Los derechos, principios y garantías que surgen de la CN y los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, artículo 75 inc. 22 de la CN deben ser cumplidos en el orden provincial, en virtud del artículo 5 de la Constitución Nacional.

Las limitaciones indirectas o límites que surgen del derecho intrafederal a la potestad tributaria provincial y municipal buscan evitar la superposición de tributos en un país federal. Asimismo, dichos límites coordinan las facultades tributarias, evitando la superposición vertical entre la Nación, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios a través de normas como la Ley de coparticipación federal y los Pactos fiscales. En cambio, otras normas tratan de evitar la superposición horizontal de provincias con provincias y de municipios con municipios, tal es el caso del convenio multilateral del 18 de agosto de 1977 (Ábalos, 2015).

Sobre el régimen de coparticipación federal de impuestos en el año 2015, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado respecto de dos causas con la Provincia de Santa Fe y en los fallos con las provincias de San Luis y Córdoba (20), en la cuales el máximo tribunal invita al Estado Nacional, a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que emprendan el diálogo institucional que desemboque en un nuevo Pacto Fiscal Federal para establecer un nuevo Régimen de Coparticipación Federal (21).

V.1. La Ley de coparticipación federal de recursos fiscales N° 23.548

La CN en la reforma de 1994 incorporó la coparticipación federal de recursos fiscales en el inciso 2 del artículo 75. Sin embargo, la ley reglamentaria del instituto mencionado no se ha sancionado, continuando vigente la ley 23.548 del año 1988. El incumplimiento de la sanción de una ley de coparticipación, de acuerdo con la

(20) En los fallos mencionados, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declara la inconstitucionalidad del artículo 76 de la ley 26.078, y la de los artículos 1º, inc. a) y 4 del decreto 1399/2001 respecto de las deducciones de fondos coparticipables y la modificación de los términos y porcentajes establecidos en la ley 23.548, fundándolo en: la prórroga de la vigencia de tales deducciones de manera unilateral por parte de la Nación; la pretensión de mutar su naturaleza jurídica por la de una asignación específica que es inconstitucional y la ausencia de plazo determinado (Ábalos y Vinassa, 2019. p. 4).

(21) Además, estos fallos motivaron el dictado del decreto 2635/2015, que consagra el cese de la deducción del 15% acordado en el Pacto Fiscal I, posteriormente derogado por el decreto 73/2016, y por el decreto 406/2016 que creó el "Programa Acuerdo Para el Nuevo Federalismo" que elimina la deducción del 15% de manera progresiva y escalonada durante los años 2016, 2017, 2018, 2019 y 2020, estableciendo como fecha límite para lograrlo el 01 de enero de 2021 (Ábalos y Vinassa, 2019, pp. 4-5).

Disposición Transitoria 6° de la CN (22) consagrada en la reforma efectuada en el año 1994, vino acompañado de nuevos acuerdos entre la Nación y las provincias, como el primer Compromiso Federal del 6 de diciembre de 1999 y el Compromiso Federal por el crecimiento y la disciplina fiscal del 20 de noviembre de 2000, aprobados por las leyes 25.235 y 25.400 respectivamente.

Con respecto a los tributos municipales, el artículo 9, inc. b) de la Ley de coparticipación N° 23.548 establece limitaciones a la potestad tributaria municipal.

El artículo 9 dice:

La adhesión de cada provincia se efectuará mediante una ley que disponga:

- a) Que acepta el régimen de esta Ley sin limitaciones ni reservas.
- b) Que se obliga a no aplicar por sí y a que los organismos administrativos y municipales de su jurisdicción, sean o no autárquicos, no apliquen gravámenes locales análogos a los nacionales distribuidos por esta Ley.

En cumplimiento de esta obligación no se gravarán por vía de impuestos, tasas, contribuciones u otros tributos, cualquiera fuere su característica o denominación, las materias impondibles sujetas a los impuestos nacionales distribuidos ni las materias primas utilizadas en la elaboración de productos sujetos a los tributos a que se refiere esta ley, esta obligación no alcanza a las tasas retributivas de servicios efectivamente prestados (...).

V. 2. Los pactos fiscales

A la Ley de coparticipación federal de recursos fiscales 23.548 de 1988 se le suman los pactos fiscales I y II. El primero del año 1992 y el segundo del año 1993 (Ábalos y Vinassa, 2019). En el primer pacto, las provincias se comprometieron a ceder el 15% de la coparticipación para el pago de las obligaciones previsionales nacionales, asegurándose, en cambio, un piso mínimo de 725.000.000 de pesos mensuales y la remisión de los recursos correspondientes del Fondo Nacional de la Vivienda, del Consejo Federal de Agua Potable y Saneamiento, del Fondo de Desarrollo Eléctrico del Interior y del Fondo Vial Federal (Ábalos y Vinassa, 2019).

(22) La correspondiente ley reglamentaria aún no se ha sancionado, a pesar del mandato de la disposición transitoria sexta de la Constitución reformada en el año 1994. Dicha disposición establece que: "Un régimen de coparticipación conforme a lo dispuesto en el inc. 2 del artículo 75 y la reglamentación del organismo fiscal federal, serán establecidos antes de la finalización del año 1996 (...)"

El segundo pacto, titulado “Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento”, se firmó el 12 de agosto de 1993 entre la nación y dieciséis provincias, al cual adhirieron con posterioridad el resto de las jurisdicciones provinciales. Tiene como finalidad armonizar las políticas de la Nación y de las provincias, incluyendo en estas a sus respectivos municipios, tendientes a posibilitar el crecimiento de la economía en general (Ábalos y Vinassa, 2019) (23).

Con respecto a los municipios se estableció el compromiso de las provincias a derogar las tasas municipales que afectan la transferencia de combustible, gas, energía eléctrica, incluso las que recaen sobre la autogenerada y servicios sanitarios, excepto que se trate de transferencias destinadas a uso doméstico. Asimismo, las provincias debían instar a sus municipios a derogar los tributos que graven directa o indirectamente, a través de controles, la circulación interjurisdiccional de bienes o el uso para servicios del espacio físico, incluido el aéreo; y lo mismo debían efectuar las provincias respecto a las tasas municipales en general, en los casos que no constituyan la retribución de un servicio efectivamente prestado, o en aquellos supuestos en los que excedan el costo que derive su prestación.

Posteriormente a este pacto, ante el incumplimiento de la sanción de la ley de coparticipación se celebraron acuerdos entre la Nación y las provincias, como el Primer Compromiso Federal del 6 de diciembre de 1999 y el Compromiso Federal por el crecimiento y la disciplina fiscal del 20 de noviembre de 2000, aprobados por las leyes 25.235 y 25.400 (Ábalos y Vinassa, 2019, p. 3). Asimismo, el Pacto Federal para el empleo, la producción y el crecimiento fue prorrogado legalmente hasta el 31 de diciembre del 2001, por medio de las leyes 24.468, artículo 5º; 24.699, artículo 1; 25.063, artículo 11; 25.239, artículo 17; y, por el decreto 2054/2010, hasta el 31 de diciembre de 2015 (Ábalos y Vinassa, 2019, p. 3).

La ley 26.078, que aprobó el presupuesto de gastos y recursos de la administración nacional para el ejercicio 2006, en el artículo 76 dispuso la prórroga durante la vigencia o hasta la sanción de la Ley de coparticipación federal consagrada en el artículo 75, inc. 2º de la CN —lo que ocurriera primero— de la distribución del producido de los tributos previstos por diversas normas, entre ellas, la ley 24.130 y el artículo 17 de la ley 25.239, por 5 años, hasta el 31 de diciembre de 2010 (Ábalos y Vinassa, 2019, p. 3).

Para el ejercicio 2011, el Poder Ejecutivo nacional remitió al Congreso el proyecto de ley de presupuesto que no recibió sanción al no lograr el quórum necesario (Ábalos y Vinassa, 2019, p. 3). Posteriormente se dicta el decreto de necesidad

(23) En dicho sentido, el pacto obligaba a las provincias a derogar y modificar algunos impuestos. Asimismo, no eliminó la retención del 15%, y obligaba a las provincias a transferir las cajas de jubilaciones al Sistema Nacional de Previsión Social y el gobierno nacional garantizaba a las provincias un piso mínimo de 740.000.000 de pesos mensuales.

y urgencia 2054/2010, mediante el cual se hizo operativa la prórroga del presupuesto para el ejercicio 2010 (Ábalos y Vinassa, 2019, p. 3). Además, dicho decreto prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2015 los plazos establecidos en el artículo 17 de la ley 25.239, artículo 26 del Anexo, atinentes al Pacto Fiscal (Ábalos y Vinassa, 2019, p. 3). Posteriormente, el decreto 2054/2010 fue declarado válido por la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación (Ábalos y Vinassa, 2019, p. 3) (24).

V.3. El consenso fiscal del 16 de noviembre de 2017

En la Ciudad de Buenos Aires, el 16 de noviembre de 2017 se le dio forma al “Consenso Fiscal” (25) a instancias del gobierno federal. Para firmar dicho convenio, se reunieron, con el fin de suscribir un acuerdo en materia de finanzas públicas interjurisdiccionales, el presidente de la Nación, los gobernadores de todas las provincias (con excepción del de la provincia de San Luis) y el jefe de gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) (26).

Los objetivos del pacto son: lograr que las provincias puedan equilibrar sus finanzas, reducir el déficit, minimizar el impacto de gravámenes provinciales distorsivos, reformar la financiación y alcance de algunos de los beneficios del sistema de seguridad social, eliminar la litigiosidad entre provincias y Estado nacional originada por el marco normativo que conforma el sistema de “coparticipación federal de impuestos”, comenzar el tratamiento y sanción de una nueva Ley de coparticipación federal.

En relación a los gobiernos municipales, se acordó:

- a) Establecer un régimen legal de coparticipación de recursos provinciales con los municipios.
- b) Establecer un régimen legal de responsabilidad fiscal, similar al nacional, para sus municipios, impulsar que estos adhieran y controlar su cumplimiento.
- c) Promover la adecuación de las tasas municipales aplicables en las respectivas jurisdicciones, de manera tal que se correspondan con la concreta,

(24) Por resolución del 24/10/2012 que declaró la validez del decreto (Ábalos y Vinassa, 2019, p. 3).

(25) El acuerdo fue firmado por los jefes de estado de la Nación y de las provincias y fue ratificado por las legislaturas provinciales, excepto las de La Pampa y San Luis.

(26) El consenso se realizó en el contexto de procesos judiciales entre las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Estado Nacional. Asimismo, el mencionado pacto se da en el marco de decretos nacionales ante el vencimiento de la prórroga del Pacto Fiscal para el empleo, la producción y el crecimiento de 1993, el 1º de diciembre de 2017.

efectiva, e individualizada prestación de un servicio y sus importes guarden una razonable proporcionalidad con el costo de este último, de acuerdo con lo previsto por la Constitución Nacional.

- d) Crear una base pública, por provincia, en la que consten las tasas aplicables en cada municipalidad (hechos impositivos, bases impositivas, sujetos alcanzados, alícuotas y otros datos relevantes) y su normativa.
- e) Impulsar un sistema único de liquidación y pago de tasas municipales aplicable a cada provincia y a CABA.

V.4. El convenio multilateral del 18 de agosto de 1977

Su finalidad es la de evitar la doble o múltiple imposición originada por la aplicación del impuesto sobre los ingresos brutos a los contribuyentes que desarrollen actividades interjurisdiccionales. Se trata de un instrumento de coordinación de las facultades tributarias a nivel horizontal, que ha sido acordado entre las haciendas provinciales (Ábalos, 2015). En dicho sentido, el artículo 35 del convenio multilateral establece que es aplicable, en el ámbito municipal, a los que establezcan cualquier tipo de tributos sobre los comercios, industrias o actividades ejercidas en el respectivo ámbito jurisdiccional, y que tome como base de imposición a los ingresos obtenidos por los entes económicos en el desarrollo de su actividad.

V.5. Límites a la capacidad impositiva que surgen de las constituciones provinciales

Además de los límites al poder tributario municipal que ya abordamos, algunas constituciones provinciales —como las de Córdoba, Entre Ríos, Santa Cruz, Santiago del Estero y Tierra del Fuego, entre otras— disponen límites constitucionales a la tributación y la compatibilidad de los tributos locales con los provinciales y nacionales.

VI. El tema en la provincia de Buenos Aires

VI.1. El atrasado régimen municipal bonaerense

La provincia de Buenos Aires, si bien ha reformado su constitución en el año 1994, no ha modificado el capítulo municipal (27). En la mencionada provincia se

(27) Si bien la constitución de la provincia de Buenos Aires se reformó en el año 1994, no respetó el precepto constitucional consagrado en el artículo 123 de la Carta Magna (Reca, 2013).

concibe a los municipios como meros prestadores de intereses y servicios locales. Dicha concepción desatiende la reforma realizada en el orden nacional, que en ese mismo año estableciera la autonomía municipal en el artículo 123 (28). Nos dice Reca (2013) que la Constitución de la provincia de Buenos Aires "(...) en su capítulo municipal, en el artículo 190 mantiene esta anacrónica formulación: La administración de los intereses y servicios locales en la Capital y en cada uno de los partidos que formen la Provincia, estará a cargo de una Municipalidad, compuesta de un departamento ejecutivo unipersonal y un departamento deliberativo (...)" (p. 229).

Asimismo, en la provincia de Buenos Aires, la Ley orgánica de las municipalidades, decreto ley 6769/58, trata a todos los municipios por igual cuando no puede compararse, por ejemplo el municipio de Tordillo con el de La Matanza, o la extensión de Vicente López con la de Carmen de Patagones. A lo que se suma que dicha ley orgánica asume al municipio como un mero prestador de servicios y en tiempos de plena conciencia ambiental les atribuye el ornato y la salubridad (Reca, 2015).

Del análisis de la Constitución de la provincia de Buenos Aires surge que no se consagra la autonomía municipal, incumpliendo el mandato establecido en el artículo 123 de la CN. En dicho sentido, es irrefutable que el régimen municipal bonaerense consagrado en la sección séptima, capítulo único, no ha concebido la autonomía institucional y, en el tema que nos ocupa, si bien la constitución se refiere expresamente a que los municipios tienen facultades tributarias, el artículo 190 se refiere a la administración de los intereses y servicios locales que provienen del régimen municipal que se había consagrado en 1873 (29). La provincia de Buenos Aires, como sostiene Reca, tiene desde sus orígenes constitucionales consagrada la fórmula que proviene de cuando el municipio era considerado una mera entidad administrativa llamada a regir algunos quehaceres vecinales (2013, p. 202).

Con respecto a la naturaleza de los municipios bonaerenses, existen antecedentes jurisprudenciales que se han aplicado al ámbito tributario local. En dicho sentido, de la causa "Municipalidad de San Isidro", del 27 de agosto de 2014 (30),

(28) Dicha reforma dejó intacto el régimen municipal cuya letra constitucional, como expresó Reca (2013), "nos lleva a la reforma de 1873 (...)" (p. 195).

(29) Artículo 192: "Son atribuciones inherentes al régimen municipal, las siguientes (...) inciso 4: Tener a su cargo el ornato y salubridad, los establecimientos de beneficencia que no estén a cargo de sociedades particulares, asilos de inmigrantes que sostenga la provincia, las cárceles locales de detenidos y la vialidad pública".

(30) Dicho fallo considera inconstitucional el régimen de empleo público provincial, por ese entonces vigente, de la ley N° 11.757.

surge que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia bonaerense se había apartado del criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la nación, que desde 1911 consideraba a los municipios como meras descentralizaciones administrativas, afirmando

(...) El criterio que históricamente ha sostenido y mantenido este Tribunal es que, a diferencia de otros regímenes municipales, el de la provincia de Buenos Aires no es una mera dependencia o delegación administrativa del poder provincial, pues tiene jerarquía institucional netamente demarcada por la Constitución, la cual le ha conferido las facultades necesarias para que pueda atender eficazmente los intereses o servicios locales (“Acuerdos y Sentencias”, 1957-V-519; 1966-II-181) y en dicho régimen las municipalidades se desenvuelven sin sujeción a ninguna otra autoridad (“Acuerdos y Sentencias”, 1960-VI-328).

En el primero de los fallos citados, con el respaldo de los artículos 5 y 106 de la Constitución nacional de 1853-1860, se destacó la significación del régimen municipal bonaerense en orden al cumplimiento de las funciones y finalidades que le asigna la Constitución y que no cede a las restricciones que pudieran emanar de dispositivos meramente legislativos. Se expresó entonces que “esa relevancia se perfila a través de los textos de las constituciones y de los debates de las asambleas constituyentes, en especial de 1873, donde llegó a propiciarse que se lo calificara de otro poder del Estado” descartándose pues “el preconcepto de mirarse nuestro municipalismo como delegación administrativa de los poderes provinciales”, y resaltándose el concepto de “facultades sustantivas” de los municipios que no pueden ser cercenadas por la ley reglamentaria. No se trata de atribuciones que dependan en su ejercicio de las que conceda o no la ley, pues que constitucionalmente se las ha enunciado con la significación cuantitativa y cualitativa ínsita en la expresión “atender eficazmente los intereses y servicios locales”, insistiéndose en el principio de “facultad municipal de fuente constitucional directa” que no puede quedar desplazada por la ley (conf. voto del doctor Rozas al que expresaron su adhesión los doctores Acuña Anzorena, Fernández, Merbilhaa, Mercader, Bustos, e indirectamente el doctor Quijano, causa B. 42.200, “Grunbaum”, sent. del 12- XI-1957).

Por aplicación de tales principios es que el Tribunal se ha pronunciado a propósito de la competencia reglamentaria municipal en distintas materias, como la tributaria (conf. causas I. 1.306, “Dupraz”, sent. del 28-V-1991; I. 1541, “Bernal de Palacio” sent. del 29-XII-1998, entre otras).

Considerando lo establecido en el artículo 123 de la CN, el máximo tribunal provincial en la causa que estamos abordando trata sobre la no adecuación del régimen municipal bonaerense a la CN. En dicho sentido, sostuvo que: “(...) En cuanto al problema que nos ocupa, del fallo que estamos abordando surge que (...) las viejas normas provinciales han de ser, pues, interpretadas en armonía con las nuevas de la Carta federal a las que están subordinadas y que, en todo caso, deben prevalecer (artículo 31, Const. nac.)”.

En lo que respecta a la autonomía económico financiera de los municipios, la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, en autos “Intendente de la Municipalidad de general San Martín c/ provincia de Buenos Aires, s/ inconstitucionalidad del decreto 1289/19 y artículo 104 de la ley 15. 078” del 27 de noviembre de 2019, ratificó la autonomía económica y financiera de los municipios en los términos de lo establecido en la Constitución Nacional. Asimismo, la parte esencial del fallo con respecto al tema que nos ocupa dice que

(...) la cuestión se vincula con estas dos últimas manifestaciones de la autonomía municipal, las que encuentran su sostén normativo en el artículo 192 inc. 5 de la Constitución provincial en cuanto establece como una atribución inherente al régimen local la de votar anualmente su presupuesto y los recursos para costearlo. En el mismo inciso a la vez impone el deber de establecer los recursos con los que afrontar las erogaciones no previstas en el presupuesto como recaudo para autorizar el dictado de una ordenanza especial.

En este sentido, el artículo 228 de la Ley Orgánica de las Municipalidades (decreto-ley 6.769/58) establece que “(...) las facultades del gobierno municipal son irrenunciables e intransferibles y, en consecuencia, ninguna autoridad podrá imponer a las comunas gastos que ellas mismas no hayan autorizado, ni privarlas del derecho de invertir sus recursos en la forma que dispongan sus poderes legalmente constituidos”.

VI. 2. Las atribuciones tributarias de los municipios bonaerenses

Las atribuciones tributarias de los municipios bonaerenses surgen de los artículos 192 y 193 de la Constitución provincial y 29, 226, 227, 228 de la ley orgánica de las municipalidades.

Artículo 192: Son atribuciones inherentes al régimen municipal, las siguientes: (...) 5. Votar anualmente su presupuesto y los recursos para costearlo (...) Artículo 193: Las atribuciones expresadas tienen las siguientes limitaciones (...) Todo aumento o creación de impuestos o contribución de mejoras, necesita ser sancionado por mayoría absoluta

ta de votos de una asamblea compuesta por los miembros del Concejo Deliberante y un número igual de mayores contribuyentes de impuestos municipales.

La ley orgánica de las municipalidades dice

Artículo 29: Corresponde al Concejo sancionar las Ordenanzas Impositivas y la determinación de los recursos y gastos de la Municipalidad. Las Ordenanzas Impositivas que dispongan aumentos o creación de impuestos o contribuciones de mejoras, deberán ser sancionadas en la forma determinada por el artículo 193 inciso 2 (...).

Artículo 226: Constituyen recursos municipales los siguientes impuestos, tasas, derechos, licencias, contribuciones, retribuciones de servicios y rentas (...).

Artículo 227: La denominación "Impuestos" es genérica y comprende todas las contribuciones, tasas, derechos y demás obligaciones que el municipio imponga al vecindario en sus ordenanzas, respetando los límites establecidos en esta ley y los principios generales de la Constitución.

Artículo 228: La percepción de impuestos municipales es legítima en virtud de la satisfacción de las necesidades colectivas que con ella se procura. Los órganos del gobierno municipal tienen por lo tanto amplias atribuciones para especificar los gastos que deban pagarse con el producto de aquellos impuestos, sin más limitaciones que las que resultan de la aplicación de los mismos a la atención de las aludidas necesidades colectivas.

Si bien de la lectura de Constitución surgen argumentos para sostener la posibilidad de que los municipios bonaerenses apliquen impuestos, en la actualidad solo regulan y aplican tasas y contribuciones de mejoras, no recurriendo a la creación y aplicación de dichos tributos debido a los compromisos que surgen de la Ley de coparticipación federal y de normas como, por ejemplo, el código fiscal (Maruccio, 2006). Como dice Maruccio, "la imposibilidad de aplicar impuestos no radica en el status constitucional de las comunas, sino en el contexto infraconstitucional que prácticamente, no dejó ámbito para esta especie de imposición" (2006, p. 354).

Como sabemos, en la práctica en la provincia de Buenos Aires, los municipios tienen facultades de cobrar tasas y contribuciones de mejoras. En dicho sentido, comenta Núñez (2008) que históricamente el tesoro municipal era financiado a través de tasas, derechos y contribuciones y que el término impuestos mencionado

en algunas constituciones provinciales y leyes orgánicas municipales es posible que refleje el concepto genérico de tributo antes que el de impuesto. Asimismo, expresa Núñez (2008) que tradicionalmente las funciones de los gobiernos locales consistían en la prestación de servicios que se financiaban a través de tasas, pero en la actualidad las funciones municipales se expandieron, abarcando servicios indivisibles y la realización de obras de infraestructura.

Con respecto al alcance de la potestad tributaria de los municipios, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires se refiere al tema (31), entre otros casos, en autos “Anaya, Ester V. y otros c/ Municipalidad de Pinamar s/ inconstitucionalidad de la ordenanza 4239/2013” del 15 de junio de 2016, donde sostuvo que en base a lo establecido en la constitución provincial, artículos 192 inciso 5 y 193 inciso 2 y en la Ley orgánica de las municipalidades, artículos 226 y 227, recepta el carácter no taxativo de las potestades tributarias de los municipios siempre en el interés general de la comunidad local. Asimismo, la causa mencionada remite —en el considerando 6— a al artículo 104 de la Ley orgánica de las municipalidades, que dice “(...) que deberá interpretarse la denominación genérica de “impuestos” como comprensiva de la contribución de mejoras y la retribución de servicios municipales, obladados en forma directa (artículo 106)”.

Al problema de las limitaciones tributarias que surgen del derecho intrafederal y de la legislación provincial se agrega otro problema de financiamiento en la provincia de Buenos Aires, ya que la ley orgánica de las municipalidades sancionada en 1958 que centró su rol en la provisión de servicios urbanos o bienes que pueden financiarse con precios y tasas, en el año 1978 modificó el rol de los municipios, pasando de ser prestadores de servicios urbanos y rurales a comprometerse en nuevas funciones como salud, educación y seguridad (Porto y Puig, 2020). Para dichas funciones, explican Porto y Puig (2020), no existe la posibilidad de lograr un financiamiento total a través de precios y tasas.

VII. Conclusiones

Si bien la CN reformada en el año 1994 ha consagrado la autonomía municipal en el artículo 123 CN, el poder tributario municipal se encuentra reducido al mínimo o deja de existir ya que no quedan materias impositivas para gravar. Las competencias del régimen municipal bonaerense, a la luz de la CN reformada en el año 1994, son las más antiguas del país. Sin embargo, en la provincia de Buenos Aires se puede decir que, si bien el régimen municipal no se ha reformado en la reforma constitucional realizada en el año 1994, los municipios —de acuerdo con la

(31) Asimismo, el fallo mencionado remite a “Acuerdos y Sentencias”, 1957-V-116; 1958-III-337; 350 y 360; 1966-II-15; 1972-II-659; 1977-I-1131 (...).”

jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia provincial— presentan autonomía y la dificultad surge de la legislación reglamentaria que se atribuya la provincia.

Con respecto a la autonomía económica y financiera de los municipios, se entiende que —en el contexto de las prácticas de nuestro federalismo— la facultad de las provincias de reglar el alcance y contenido de la autonomía municipal no debe ser entendida como sinónimo de vaciamiento (Álvarez Echagüe, 2005). De acuerdo con Giuliani Fonrouge, citado por Álvarez Echagüe (2002), los municipios, las provincias y la Nación poseen poder tributario originario ya que tienen facultades tributarias de la misma naturaleza, que parte de la necesidad que tienen los órganos de gobierno de contar con recursos para hacer frente los gastos para cumplir sus cometidos constitucionales

Como dice Motbrun (2003), distintas constituciones provinciales han consagrado el poder tributario originario de los municipios. En ese sentido, por ejemplo, las constituciones de Chaco, Corrientes y Misiones —entre otras— enumeran expresamente los impuestos que pueden crear y aplicar los municipios. Otras constituciones, como las de Córdoba y Buenos Aires, se refieren expresamente a la palabra impuestos. Asimismo, es preciso tener presente que históricamente los municipios financiaban los servicios que prestaban con tasas y que la palabra impuestos que surge de las constituciones provinciales puede ser un concepto que guarde equivalencia con el genérico de tributos (32).

Para revertir el atraso constitucional que encuentran los municipios bonaerenses es preciso considerar, de acuerdo con Reca (2013), que el municipio no es un ámbito residual de administración como se lo ha concebido durante décadas, sino que es “el ámbito final de descentralización del poder que traduce nuestro federalismo” (p 202). De acuerdo a lo expuesto debe garantizarse la autonomía a fin de asegurar sus aspectos fundamentales teniendo en cuenta la capacidad política, administrativa y económica del municipio (Reca, 2013).

En el marco de las políticas fiscales de nuestro país, dadas por pactos que han modificado el régimen de coparticipación vigente, limitando excesivamente el poder tributario municipal y considerando que el sistema de coparticipación federal de impuestos es inconstitucional, es impostergable —como dice Hernández (2015)— sancionar una nueva ley de coparticipación y redefinir las misiones y funciones municipales a fin a darles —como dice Llach (2013)— *de iure* a los municipios responsabilidades que están asumiendo *de facto*. Coincidimos con Álvarez Echagüe (2002) que dentro del ámbito de la potestad tributaria de los municipios

(32) El concepto de tributo comprende a los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales (Ziulu, 1997).

la provincia debe ejercer su poder reglamentario a través de la constitución a fin de evitar conflictos que se pudieran generar si la reglamentación se efectuara por ley.

VIII. Bibliografía

Ábalos, M. G. (2015). Facultades impositivas municipales en el contexto federal. *La ley Online, Sup. Const*, 11/08/2015, 59 - LA LEY 2015-D. Cita online: AR/DOC/2317/2015.

Ábalos, M. G. (2003). El régimen municipal en el derecho público provincial argentino: principales aspectos. En M. G. Ábalos, *Derecho Público Provincial y Municipal* (pp. 437-464). Buenos Aires: La Ley.

Ábalos, M. G. y Vinassa, F. (2019). Influencia del Consenso Fiscal en provincias y municipios. *La Ley Online*, 20/02/2019, 1. Cita Online: AR/DOC/2533/2018.

Álvarez Echagüe (2005). *Sobre las potestades financieras y tributarias de los municipios argentinos*. Recuperado de: www.saij.jus.gov.ar

Álvarez Echagüe, J. M. (1999). Los municipios, su status jurídico y sus potestades financieras y tributarias en el marco de la Constitución reformada. *Impuestos*. Buenos Aires: La Ley.

Álvarez Echagüe, J. M. (2002). Los municipios. Status jurídico y sus potestades financieras e institucionales en el marco de la Constitución reformada. *Revista impuestos*, tomo LVII-B. Recuperado de <http://www.aeyasoc.com.ar/publicaciones.php>

Comunicación de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas del académico Hernández, A. M (2015). *20 propuestas para fortalecer el federalismo*. Buenos Aires: Pablo Casamajor Ediciones. ISSN 0325-4763. Recuperado de <https://www.ancmip.org.ar/user/FILES/Hern%C3%A1ndez-D15.pdf> ARGENTINO

Fazio, J. (2010). Régimen económico-financiero municipal. En A. Zarza Mensaque y G. Barrera Buteler, *Introducción al Derecho Municipal* (pp. 337-363). Córdoba: Advocatus.

Gelli, M. A. (2018). *Constitución de la nación argentina, comentada y concordada*. Buenos Aires: La Ley.

Hernández, A. M. (2012). *La realidad de nuestro federalismo, el incumplimiento de la constitución nacional y la tendencia a la centralización*. La Plata: Facultad de Ciencias Económicas. Recuperado de <https://www.depeco.econo.unlp.edu.ar/wp/wp-content/uploads/2017/06/Hernandez.pdf>

Hernández, A. M. (1997). *Derecho Municipal. Vol. I, Teoría general*. Buenos Aires: Depalma.

Hernández, A. M. (2008). *Derecho Público Provincial*. Buenos Aires: Lexis Nexis.

Heredia, J. R. (2005). *El poder tributario de los municipios*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

Llach, J. J. (2013). *Federales y unitarios en el siglo XXI*. Buenos Aires: Temas.

Maruccio, S. P. (2006). La constitución económica bonaerense y el rol tributario de los municipios. En A. G. Ziulu, *El sistema constitucional bonaerense* (pp. 333-364). La Plata: Librería Editora Platense.

Montbrun, A. (2003). Recursos Municipales. En M. G. Ábalos, *Derecho Público Provincial y Municipal* (pp. 437-464). Buenos Aires: La Ley.

Núñez, J. A. (2008). *Manual de finanzas municipales, aporte al federalismo local*. Buenos Aires: Rap.

Porto, A. y Puig, J. (2020). El financiamiento de las municipalidades en Argentina. En M. Garriga; W. Rosales y N. O. Magiacone, *Lo que se pensó y escribió sobre políticas públicas en 2019*. La Plata: Facultad de Ciencias Económicas.

Porto, A. (2012). *Temas de economía de los gobiernos municipales*. La Plata: Dunken.

Reca, R. P. (2015). La situación del municipio de la provincia de Buenos Aires - crónica de una involución. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, N° 48. Buenos Aires: La Ley.

Reca, R. P. (2013). *Reflexiones sobre el Régimen Municipal Bonaerense*. La Plata: Librería Editora Platense.

Reca, R. P. (2007). Acerca de la autonomía municipal. *Hacia un nuevo municipio en la provincia de Buenos Aires* (pp. 71-99). Provincia de Buenos Aires: Honorable Cámara de Diputados.

Rosatti, H. (2006). *Tratado de derecho municipal*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.

Ziulu, A. (1997). *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Depalma.

Legislación

Constituciones provinciales. Recuperadas de <http://www.infoleg.gob.ar/>

Consenso fiscal del 16 de noviembre de 2017. Recuperado de https://www.minhacienda.gob.ar/wp-content/uploads/2017/11/consenso_fiscal.pdf

Pacto fiscal II. Recuperado de <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/5000-9999/9520/norma.htm> 02/03/2016 y <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/5000-9999/9520/norma.htm> 16/12/2016.

Jurisprudencia

Fallos: 337: 1263.

Fallos: 341: 939.

Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, “Municipalidad de San Isidro contra provincia de Buenos Aires. Inconstitucionalidad ley 11.757”, 27/08/2014. Recuperado de <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=130375> [Fecha de consulta: 10/09/2020].

Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, “Anaya, Ester V. y otros contra Municipalidad de Pinamar. Inconstitucionalidad ordenanza 4239/2013”, 15/06/2016. Recuperado de <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=135553> [Fecha de consulta: 10/09/2020].

Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, “Intendente de la Municipalidad de General San Martín c/ Provincia de Buenos Aires. S/ Inconst. Decr 1289/19 y art 104 ley 15.078”, 18/12/2019. Recuperado de <https://cijur.mpba.gov.ar/novedad/1529> [Fecha de consulta: 10/09/2020].

Fecha de aceptación: 30-03-2020

Fecha de aceptación: 26-08-2020

La evaluación de los aprendizajes y los errores en el estudio del Derecho Romano

POR ROMINA DEL VALLE ARAMBURU(*)

Sumario: I. Introducción.- II. ¿Qué significa evaluar?.- III. ¿Cómo vinculamos el programa de la materia con el aspecto de la evaluación de aprendizajes?.- IV. ¿Para qué sirve evaluar?.- V. ¿Qué hay que tener en cuenta para evaluar?.- VI. Evaluar: ¿para qué?.- VII. Los errores.- VIII. Clases de errores: errores vinculados a la redacción y comprensión de las instrucciones.- IX. Errores inteligentes y no inteligentes.- X. La importancia de la temática elegida.- XI. Método utilizado.- XII. Conclusión.- XIV. Bibliografía.

Resumen: se llevó a cabo un estudio acerca de lo que significa la evaluación cómo procesos diversos y sus implicancias en el ámbito universitario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, más específicamente en la materia Derecho Romano. Para ello se realizó un trabajo de campo sobre de los mecanismos pedagógicos vinculados con los procesos de evaluación de los aprendizajes requeridos por los alumnos en la búsqueda de la efectividad de que cumplan con las exigencias curriculares al ser evaluados y no que sea un mero instrumento que les ponga límites en el momento de ser calificados. La evaluación es un tema de complejidad y aquí se lo vincula al análisis del error, su concepto y clases, porque la evaluación es una constante evolución pedagógica y no un instrumento estanco, se promueve el desarrollo de habilidades tanto para el docente como para el/la del alumno/a.

(*) Procuradora, abogada y escribana. Esp. en Derecho Penal. Doctoranda, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata. Investigadora. Prof. Adjunta, Cátedra III, Derecho Romano, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP. Prof. Derecho Romano, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Palabras claves: evaluación - procesos - alumnos - docentes - romano

L'évaluation des apprentissages et des erreurs dans l'étude du droit romain

Résumé: *une étude a été réalisée sur ce que signifie l'évaluation comme divers processus et leurs implications dans l'environnement universitaire de la Faculté des sciences juridiques de l'Université nationale de La Plata, plus spécifiquement dans le domaine du droit romain. A cet effet, un travail de terrain a été effectué sur les mécanismes pédagogiques liés aux processus d'évaluation des apprentissages requis par les étudiants dans la recherche de l'efficacité de la satisfaction des exigences curriculaires lors de l'évaluation et non pas qu'il s'agisse d'un simple instrument cela les limite quand ils sont qualifiés. L'évaluation est une question complexe et ici elle est liée à l'analyse de l'erreur, de son concept et de ses classes, car l'évaluation est une évolution pédagogique constante et non un instrument étanche, elle favorise le développement des compétences tant pour l'enseignant que pour l'élève.*

Mots-clés: *évaluation - processus - étudiants - enseignants - romain*

I. Introducción

El presente trabajo se realizará sobre los diversos aspectos que deben tenerse en cuenta en una evaluación de los aprendizajes como un proceso de enseñanza-aprendizaje-evaluación de los aprendizajes, en el contexto de la enseñanza universitaria de la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, y más específicamente de la materia Derecho Romano, tomándose como objeto de estudio el programa de la materia de la cátedra III de la mencionada casa de estudios, correspondiente al último plan de la carrera de abogacía.

El estudio de la misma no se abordará desde la confección de un instrumento sino desde los procesos y sus consecuencias, que el docente debe tener en cuenta a la hora de poder implementarlo en el aula.

II. ¿Qué significa evaluar?

La evaluación no es un compartimento estanco de la tarea del docente que está separada de la enseñanza y del aprendizaje, sino que, junto a la evaluación, los tres aspectos forman parte de un todo y se complementan necesariamente.

La evaluación tampoco es un resultado final, sino que es un aspecto que le sirve tanto al docente como al alumno de sus perspectivas futuras en la materia. En el caso del docente, programar de otra manera las dimensiones de la enseñanza, los conocimientos y la información que se proporciona y que el alumno toma. Por otro lado, el alumno debe tener en cuenta la evaluación no como el final de una

etapa sino como una continuidad de lo que viene, ya sea en la misma materia o en la continuidad de otras materias. El/a alumno/a debe entender, aprender, aprehender y comprender que la evaluación no solo es la expresión de los conocimientos que tiene acerca de algo, sino que es también verificar cuáles son sus formas de estudiar y replantearse si lo necesita, sus posiciones y procesos para cumplir con este objetivo curricular y que le sirva para dimensionar otros procesos del aprendizaje, como lo es, por ejemplo, la recolección de la información.

Cuando los docentes debemos evaluar tenemos en cuenta diversos aspectos al momento de planificar los cuatrimestres. En el caso que una de las evaluaciones sea a través de un instrumento, se debe dejar en claro los conceptos y temas a evaluar para que el alumno no resulte desaprobado por una planificación poco clara del profesor/a; “una evaluación de alumnos cuyos resultados tendrán consecuencias ‘fuertes’, tales como decidir si aprueban o no un curso, debería restringirse a aquello que fue realmente enseñado durante el curso” (Ravella, 2006, p. 35).

La evaluación no marca un principio o fin de algo, las evaluaciones en un curso cuatrimestral son constantes y asumen distintas formas: desde un trabajo domiciliario, trabajos en grupos en las clases, trabajos individuales; activa participación del alumno a través de planteos de inquietudes, debates, exposiciones orales de temas. Ya no puede pensarse la evaluación como el cierre de un ciclo.

La evaluación, de manera casi imperceptible, es prácticamente permanente con todas estas cuestiones que antes enumeraba. Ello se propone de esta manera porque es un proceso que está en constante transformación y evaluación de instancias de enseñanza y recepción por parte del alumno/a.

Son mecanismos que sirven para retroalimentar las destrezas y habilidades de los docentes y de los alumnos. Por ejemplo, en un trabajo práctico domiciliario, las diversas instancias de consultas a los docentes fomentan que el alumno conozca sus eventuales limitaciones al aprender y aprehender los conocimientos; así tratará de fortalecer sus debilidades con el seguimiento docente y ello va a colaborar en el mejoramiento de su rendimiento.

Evaluar los aprendizajes para el alumno es mucho más que cumplir con un contenido curricular, al igual que para el docente, para ambos es un proceso, una constante transformación. “En la actualidad: Ocupa un lugar decisivo en el marco de las preocupaciones de naturaleza política y social ligadas a la lucha contra el fracaso escolar” (Perrenoud, 2008, p. 56).

Se vincula con la promoción de los procesos meta cognitivos en el estudiante y su propia capacidad de autorregulación. El concepto de evaluación formadora: las prácticas evaluativas deben posibilitar tomar decisiones pedagógicas-didácticas

encaminadas a sostener, acompañar, andamiar, y guiar los procesos de aprendizaje de la/os alumna/os; se trata de las posiciones de la evaluación formativa-formadora.

Si se analiza la evaluación tenida en cuenta como resultado del aprendizaje, “la evaluación tiene por objeto descubrir hasta qué punto las experiencias de aprendizaje, tales como se las proyectó, producen realmente los resultados apetecidos. La evaluación debe juzgar la conducta de los alumnos, ya que la modificación de las pautas de conducta es precisamente uno de los fines que la educación persigue” (Tyler, 1949, p. 27).

III. ¿Cómo vinculamos el programa de la materia con el aspecto de la evaluación de aprendizajes?

La materia Derecho Romano de la cátedra III de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata es de carácter cuatrimestral, con una carga horaria de seis horas semanales divididas de la siguiente manera: dos horas con el/la docente titular de la cátedra y cuatro horas con el/la docente adjunto/a. El actual programa de la materia fue implementado en el actual plan de estudios del año 2016. Entre sus objetivos se encuentran los siguientes:

Profundizar en los principios, normas y fuentes del derecho que rigieron al pueblo de Roma desde su origen hasta la muerte de Justiniano (...) asentar los conocimientos básicos en torno a las principales instituciones de Derecho Público y Privado romano por haber constituido éstas la base de las modernas categorías jurídicas (...) se analizan las materias iusprivatísticas concernientes al Derecho de familia, Derecho de obligaciones y contratos, Derechos reales y Derecho sucesorio, acompañado todo ello de la instrucción en el Derecho Procesal Romano (Programa de estudios, 2016, p. 2).

El mismo cuenta con tecnicismos que los/as alumnos/as no han visto en materias que han cursado o rendido anteriormente, por lo que el proceso de enseñanza de algunos conceptos aparece como incipiente porque la materia se ve por primera vez. “A nuestra asignatura corresponde sentar las bases racionales del Derecho privado, descendiendo a sus múltiples accidentes, y bajo este aspecto la enseñanza del Derecho romano tiene dos objetivos. Por un lado, determinar el origen histórico de nuestro ordenamiento, y, por otro, lo que debe ser según los principios de equidad (*ex aequo et bono*)” (Murillo, 2008, p. 283). De modo que, si el/la alumno/a tiene eventuales falencias en conceptos tales como persona, propiedad, posesión, por mencionar algunos, en nuestra materia se puede analizar la eventual posibilidad de modificar, desde los dictados de clases, concepciones pedagógicas a implementar en la práctica, el modo que se espera se resuelva un trabajo práctico, etc. Se observa que ciertas herramientas, como un cuadro sinóptico

o un mapa conceptual, les puede servir a los/as alumnos/as como un método de estudio y no como una imposición para aprenderse tal cual se lo dan, porque si hay algo que se quiere erradicar de raíz en la educación es el estudio memorístico.

Forma parte del quehacer pedagógico en las aulas, para los docentes, hacer un seguimiento lo más personalizado posible hacia los alumnos, porque los procesos de aprendizajes tienen tiempos diferentes, algunos tardan más o menos que otros, por ejemplo, y eso hay que tenerlo en cuenta en el constante proceso de evaluación. Personalizar las clases sugiere a los ámbitos académicos espacios físicos y demás recursos como internet en las aulas, retroproyectores, computadoras, etc., para interactuar en el campo áulico no solo presencial, sino también virtual.

En nuestra materia encontramos fechas, nombres, términos en latín, latinismos, etc. No podemos pretender el estudio memorístico para el docente ni para los/as alumnos/as; eran prácticas de antaño que respondían al aprendizaje y a la evaluación memorísticos como la antesala del derecho civil, hoy derecho privado: "A decir verdad, y como es del todo explicable, el derecho romano se solio enseñar como una introducción al derecho civil, por tanto tiempo sinónimo del derecho, más con una visión y posición dogmática que histórica e institucional" (Hinestrosa, 2015, p. 7). En estos casos podemos implementar el estudio por asociación de hechos: relacionar una fecha con algún instituto jurídico de importancia, no por aprendizaje de memoria; a medida que vamos avanzando en la materia, sobre los temas ya vistos que se relacionan con los nuevos, mostrarle al alumnado que un programa de estudios tampoco es un compartimento estanco, entonces, mucho menos puede serlo la evaluación.

En estos casos, los alumnos necesitan la interacción y complementación de los procesos de enseñanza y aprendizaje. La evaluación no es la conclusión de las anteriores, sino una parte de un proceso que se da a lo largo del cuatrimestre, visto tanto desde el punto de vista del alumno como del docente.

IV. ¿Para qué sirve evaluar?

La evaluación como un proceso sirve para elaborar y reelaborar instrumentos evaluativos verbales o escritos de diversa índole (resolución de trabajos prácticos, trabajos domiciliarios, campus virtual de la materia, etc.) que son constantes y que en apariencia no parecen evaluativos desde la concepción tradicional de evaluación (examen escrito u examen oral) porque son un proceso; no es, como ya se dijo, una instancia que empieza y termina con ella. También sirve para dimensionar las herramientas que deben tomar los/as alumnos/as y tener sus propios procesos internos o cognitivos.

El alumnado, desde los primeros aprendizajes de la materia que se le imparten, debe saber posicionarse frente a ella; así, con ayuda del profesor, debe dimensionar la importancia del Derecho Romano como un contenido de vigencia en la actualidad, ya que es la base de nuestro derecho civil argentino, y no verla como un contenido de la antigüedad. Después irá viendo cómo las instituciones jurídicas de la antigüedad tienen relevancia actual: el matrimonio, la tutela y curatela, la filiación, los delitos, los derechos reales, por mencionar algunos.

La materia, desde el primer día, no debe ser entendida como el acceso a conocimientos de cuestiones jurídicas antiguas; se deben dimensionar diversas cuestiones: por qué está en un plan de estudios, cuáles son los contenidos curriculares mínimos según cada facultad, el acceso al programa de estudios y la bibliografía, la explicación de clases, la adaptación del derecho romano a la práctica, por mencionar algunos de los aspectos a tener en cuenta tanto por alumnos como por docentes.

Por lo tanto, los tres aspectos señalados al principio (enseñanza-aprendizaje-evaluación) no deben ser entendidos sino como una dinámica constante sujeta a transformaciones.

V. ¿Qué hay que tener en cuenta para evaluar?

La evaluación como toma de decisiones y juicios de valor: “Evaluar consiste, en principio, en emitir juicios de valor acerca de algo: objetos, conductas, planes. Estos juicios tienen una finalidad. La evaluación no tiene un fin en sí misma. No se evalúa por evaluar. Se evalúa para tomar decisiones con respecto a la marcha de un proceso” (Camilloni, 1998, p. 38).

Tomado este aspecto, lo único que le puede hacer perder esta esencia a la evaluación son los plazos académicos de cierre de notas. Ello no significa un final, sino que se pueden tomar a la evaluación como un aprendizaje a futuro, para las materias subsiguientes en el plan de estudios. Las prácticas educativas son constantes aprendizajes.

En nuestra materia debemos tener en cuenta varias cuestiones. La elaboración de un cronograma cuatrimestral con los principales contenidos ante la dificultad que se nos presenta de dictar la totalidad de la materia en clases. Se tendrán en cuenta a su vez lo siguiente:

- Planificación académica: La cantidad de clases en el cuatrimestre.
- Distribución equitativa de los contenidos.

- Fechas de los parciales (escritos u orales) y sus respectivos recuperatorios.
- Fechas de los trabajos prácticos: según sean de carácter domiciliario o para realizar en clases.
- Exposiciones orales de los alumnos de los trabajos prácticos domiciliarios.
- Resolución de actividades en clases en forma grupal o individual.

Estas son algunas de las cuestiones que se tienen en cuenta para que la enseñanza no se limite solo a que la mera transmisión de conocimientos, sino que trascienda a ellos, “el primer paso obvio de cualquier evaluación es decidir que se quiere evaluar (...) parece sencillo: queremos evaluar el desempeño de los docentes, la calidad de una universidad o si los estudiantes han aprendido a leer” (Ravella, 2006, p. 32).

Los alumnos a su vez deben recepcionar la enseñanza y la explicación en clases, accediendo a la bibliografía, al programa de estudios de la materia y seleccionado los contenidos sobre los que serán evaluados, sin dejar de lado las interacciones entre alumnos/as y docentes basados en las TIC.

El segundo elemento clave para una buena evaluación es definir claramente los propósitos de la misma: “Las preguntas que busca responder, el tipo de consecuencias que tendrá la evaluación, los usos que se pretende dar a sus resultados, quiénes harán uso de los mismos” (Ravella, 2006, p. 35). Viéndolo desde esta perspectiva resulta claro que no es lo mismo querer evaluar el aprendizaje de los contenidos teóricos para aprobar los contenidos curriculares de la materia que evaluar las estrategias, habilidades y destrezas de los alumnos/as para resolver un caso de la vida práctica utilizando el derecho.

VI. Evaluar: ¿para qué?

La evaluación forma parte de los procesos de enseñar y aprender, la evaluación como toma de decisiones y juicios de valor, “la evaluación es una dimensión constitutiva de la enseñanza y el aprendizaje, y una forma de regulación integrada a estos procesos que puede, también, contribuir a su comprensión y mejora” (Colls, 2009, p. 36).

Contribuye a desarrollar los procesos meta cognitivos en el estudiante, la capacidad que tiene el sujeto para pensar y reflexionar acerca de su aprendizaje, definir objetivos y regular por sí mismo la actividad, predecir sus éxitos en determinadas tareas y monitorear su comprensión. Actualmente se complementan la enseñanza y el aprendizaje como una unión de procesos con el fin de su mejora. “La función

de la evaluación no se acaba en el ofrecimiento de retroalimentación o el reconocimiento de las dificultades para aprender, sino que se expande hacia la autorregulación de los aprendizajes y las modificaciones acerca de cómo encarar la enseñanza” (Anijovich, 2011, p. 72).

La evaluación permite determinar si los alumnos tomaron la información y después la analizaron teniendo en cuenta cuestiones que le permitan realizar un juicio de valor.

Las evaluaciones nos sirven a los docentes y a los alumnos, ello es indiscutible, en la medida en que se los dimensiones como procesos cognitivos.

VII. Los errores

Los errores en la evaluación forman parte de estos procesos de enseñanza-aprendizaje-evaluación. No se concibe que no exista el error en el tramo de evaluación de los aprendizajes.

La detección de los errores aparece en la concepción de la educación formativa(1)-formadora(2), se la denomina función reguladora: *identificar niveles de calidad en el aprendizaje*.

En la *identificación de los errores y sus posibles causas* hay una labor conjunta del docente y del alumno. Desde la enseñanza del derecho romano, las estrategias docentes en el aula van a quedar supeditadas a las necesidades que los alumnos planteen, así descrita es una interacción que puede llevar un tiempo en darse, no se da desde el primer día de clases y, además, no necesariamente tiene que ser áulica, puede ser a través del uso de las tecnologías como herramientas pedagógicas, campos virtuales que ya están insertados en la labor docente. “Un error en muchas evaluaciones es dar por supuesto que la realidad está al alcance de la mano, que hay algo predefinido inequívocamente que es ‘el buen desempeño docente’, ‘la capacidad de lectura’ o ‘la calidad de una institución universitaria’ y que, por lo

(1) “(...) la evaluación formativa es el enfoque de la evaluación en que la regulación concierne de manera prioritaria a las estrategias del profesor, en tanto que lo que se denomina ‘evaluación formadora’ se centra en la regulación asegurada por el alumno mismo (...)” (Camilloni, 1994, p. 36). Además, se sostiene que “la evaluación formativa adquiere todo su sentido en el marco de una estrategia pedagógica de lucha contra el fracaso y las desigualdades (...) unida a una intervención diferenciada (...) con lo que ello supone en términos de enseñanza (de administración de horarios, de organización del grupo-clase, incluso de transformaciones de las estructuras escolares (...))” (Perrenoud, 1996, p. 59).

(2) “La función de la evaluación no se acaba en el ofrecimiento de retroalimentación o el reconocimiento de las dificultades para aprender, sino que se expande hacia la autorregulación de los aprendizajes y las modificaciones acerca de cómo encarar la enseñanza (...)” (Anijovich, 2010, p. 47).

tanto, el problema de la evaluación se limita a diseñar instrumentos y recoger información” (Ravella, 2006, p. 32). Como se puede observar, es una cuestión compleja porque requiere de un proceso en el tiempo y en los procesos cognitivos de cada alumno, se trata de brindar las herramientas necesarias áulica y extra áulicas, pero hay que preguntarse si con la interacción de las tecnologías se puede reducir la posibilidad de los errores de alumnos y de los docentes.

Se debe fomentar el espíritu investigativo de los alumnos, ese es uno de los aspectos de no dar por supuesto todo, hay siempre un bagaje de conocimientos que están más allá del aula y que también sirve. El alumno/a debe saber indagar, preguntarse, bucear en el campo científico, investigar en definitiva y no quedarse con lo que un docente, un programa de una materia o un plan de estudios le brinde o le requiera para cumplir con los espacios curriculares.

En lo que respecta a las causas, es un tema complejo y más adelante se verán algunas de ellas en el estudio de nuestra materia.

También este proceso está integrado por la discriminación entre diferentes etapas del aprendizaje, poder identificar los progresos que está realizando el alumno, identificar los avances y retrocesos que se producen en el aprendizaje.

Refiriéndose al error, “es un problema que ha planteado diferentes respuestas, los errores constituyen importantes ventanas para observar el proceso a través del cual se realiza la tarea, error, debe ser integrado al aprendizaje y en situaciones tanto presenciales como a distancia” (Camilloni, 1996, p. 42). La autora reconoce que ello es un asunto complejo por la variedad de errores que pueden aparecer.

Los errores pueden catalogarse de distinta manera, o pueden ser:

- a) El alumno no tiene los conocimientos previos suficientes para resolver lo que el profesor en ese momento le da.
- b) Tiene conocimientos certeros, pero los aplica mal.
- c) Las construcciones proporcionadas por los docentes no son las correctas o no son las pertinentes.
- d) “Otros errores pueden derivar de una defectuosa discriminación entre información relevante e irrelevante, ya sea por no efectuar esa discriminación o por retener lo que no va a ser útil (...). El error deviene de categorizar mal la información en un buen sistema de categorías o de sobresimplificar la información (...). Las clases de error que pueden cometer los alumnos son muchas y variadas y dependen de muchas circunstancias” (Camilloni; 1996, p. 42).

La psicología cognitiva trata de los procesos cognitivos y las estructuras cognitivas, “como de las estrategias cognitivas, y que en cada uno de los casos nos plantea la posibilidad de que se cometan errores diferentes cuyo tratamiento a su vez deba ser previsto y tratado de manera diversa” (Camilloni; 1996, p. 42).

VIII. Clases de errores: errores vinculados a la redacción y comprensión de las instrucciones

En el presente trabajo vamos a tomar para analizar esta clase de errores los que surgieron del trabajo de campo con los alumnos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

Los que se detalla a continuación se relacionan con la comprensión, la selección y la formulación de las instrucciones y las consecuencias que pueden generarse.

Puede ocurrir que el alumno haga una mala interpretación como resultado de una falencia que arrastra como hábito de escolaridad anterior a su ingreso a la facultad. La interpretación errónea es acerca de las expectativas que el docente tiene acerca de sus logros en la materia, por eso es necesario desmitificar el concepto de la evaluación tradicional versus la evaluación como procesos de aprendizajes.

Hay errores que se vinculan con otros conceptos que manejan los alumnos/as, provenientes de sus propias ideas y concepciones, por tener una formación previa de otra índole o por tener representaciones internas que pueden llevarlos a estos equívocos. Es indispensable el diálogo áulico o virtual en el contexto pedagógico. Que un docente tome cuenta de estos aspectos que pueden surgir sirve como experiencia de aprendizaje al alumno/a si hay una guía del docente al respecto. Se puede hacer una puesta en común para detectar otros casos e irlo colocando al alumnado en instancias superadoras.

Otros errores pueden estar vinculados a los procesos mentales que seleccionan para resolver una cuestión que se les encomendó; por ejemplo, si tiene que resolver un caso práctico, el error más común que se observa es buscar la respuesta en la bibliografía. El planteo de casos es para resolver con las reglas de la lógica y la argumentación jurídica; previamente hay que explicar los contenidos teóricos, analizarlos y fomentar la comprensión en este aprender-aprehender; luego, con el caso para su resolución, no es factible una respuesta que surja de manera incuestionable de un libro. Surge de la teoría, de la lógica y del pensamiento crítico, que es lo que se busca fomentar, más que nada en la futura profesión de abogados.

Siguiendo con la línea de razonamiento anterior, otra dificultad observada es la resolución del caso utilizándose un mecanismo erróneo basado en la confusión de conocimientos de la teoría. Se debe contar con un buen manejo de los

conocimientos teóricos indefectiblemente. Hay situaciones o circunstancias que se parecen, pero no son iguales.

Otros de los errores observados se basan en el apresuramiento de los alumnos/as en la resolución, motivados en cumplir con la consigna o, en el caso de consignas grupales, parece que el error es arrastrado por igual por todo el grupo, entonces no hay inconveniente por su revisión en clase, porque se corrige y se sigue adelante, pero no estaría solucionado el mecanismo interno de cada alumno/a para resolver un caso que se le plantea. Algo similar ocurre cuando el trabajo es individual y de resolución en el marco de una clase presencial. Por el contrario, se observa una apertura del pensamiento crítico en un trabajo domiciliario, por ejemplo, en dónde son constantes las preguntas-guías a la docente del camino a seguir en el razonamiento y análisis para poder arribar a un resultado.

Lo referido al trabajo de manera individual favorece una posterior ejercitación del pensamiento crítico y reflexivo acerca de cómo se aplican las instituciones y la técnica jurídica en la resolución de una cuestión.

Los errores pueden tener su origen en la excesiva carga de resolución de cuestiones o en la complejidad de ellas. Para que el/la alumno/a esté preparado hay que proporcionarle las herramientas, y los trabajos o consignas a cumplir deben hacerse gradualmente para que el docente sepa de antemano el nivel medio de resolución del alumnado, a ello se suma el aspecto cognitivo de cada alumnos/a en estas cuestiones.

IX. Errores inteligentes y no inteligentes

Todo lo que se relaciona con el error “tiene que ver con la comprensión, y sintetizar todo lo que hay en investigación sobre comprensión es prácticamente imposible” (Camilloni, 1996, p. 43).

Los procesos de enseñanza y aprendizaje no son taxativos, como tampoco lo son los conocimientos en sí, los distintos significados que se le atribuyen a la teoría del derecho se debaten en las aulas, se analizan y por supuesto se argumentan, nada se impone, el único límite es la propia taxatividad de la ley, pero la interpretación doctrinaria y jurisprudencial le dan ese plus, en que se da una cualidad: la invención; “cada sujeto está construyendo los significados, hay una construcción de los significados conceptuales productos del razonamiento y la estructuración perceptiva por parte de los hombres” (Camilloni, 1996, p. 43).

El derecho, aunque parezca estanco, no lo es, y mucho menos las prácticas docentes, la invención y la interpretación, la aplicación práctica del derecho fomentada por los docentes se retroalimenta constantemente, “toda la psicología

cognitiva está hablando, con distintos nombres (...) de encuadres desde los cuales los sujetos interpretan, atienden selectivamente, recogen la información, la codifican, interpretan y la recuperan” (Camilloni, 1996, pp. 44-45).

Los procesos mentales de cada sujeto repercuten en todas estas cuestiones, por un lado, la información que recibe en la clase expositiva del docente, aportes de compañeros/as, la bibliografía sugerida, redes, en definitiva, puede hacerse de una gran cantidad de información, y, por otro lado, entra en juego el proceso mental de selectividad. La materia objeto de análisis puede ofrecer una variada gama de herramientas pedagógicas en las que se pongan en juego las destrezas mentales de los destinatarios; una de ellas es el análisis de casos, basta con tener en cuenta que en las principales escuelas de derecho de la Edad Media se estudiaba a través de esta metodología porque la casuística de las fuentes romanas devenía en esas clases de análisis. El estudio de los casos en la actualidad puede tener distintas ópticas:

1. Como la explicación de un tema teórico: hay temáticas que pueden ofrecer dificultades al alumnado, por lo que será menester antes de finalizar la clase brindar un caso prácticos de corta resolución —teniendo en cuenta que la carga horaria la clase es de dos una hora y media cátedra— y que los mismos deberán resolver con los elementos brindados por el profesor, la finalidad es la correcta comprensión del tema, que a la vez sirve como: 2, el complemento al desarrollo de la teoría: la complejidad de ciertos temas ameritan la implementación de casos de resolución práctica, que van así a flexibilizar la comprensión de los mismos y a la vez los van a completar, necesariamente se debe implementar el caso. Es una herramienta usada por el docente, y con ella tendrá la opción de dar la solución o invitar a los alumnos que brinden su parecer con los elementos que cuenten, que, en realidad, al tratarse de un tema explicado en ese momento, serán, dichos elementos, limitados (Aramburu, 2012, p. 6).

El sujeto áulico no toma toda la bibliografía ni todos los contenidos que se le sugieran seleccionar. En este proceso están tanto los alumnos como los docentes; los primeros para cumplir con los contenidos curriculares mínimos exigidos en una carrera universitaria y, en el segundo caso, depende de varios factores la selección: lo requerido en el programa de estudios, los días y horarios de clases o dinámicas propias que no permiten siempre cumplir al pie de la letra una planificación áulica y cuatrimestral

El sujeto abstrae aquello que le parece importante, recoge la información relevante, deja de lado la otra y su aprendizaje se habrá de encuadrar en aquello que él seleccionó (...) un principio fundamental de

los sistemas de procesamiento de la información es que la atención es selectiva. En el mismo momento en que el alumno se pone en contacto con el material está seleccionando. La selección no es posterior. En el mismo momento en que comienza el contacto con el material, la fuente de información, el texto oral o escrito, ya está empezando a actuar el esquema de comprensión (Camilloni, 1996, p. 45).

Se requiere de los procesos mentales de abstracción, como se dijo anteriormente, para la selección de los contenidos, pero también para la aplicación al caso concreto si es requerido. Pero en ese proceso selectivo, al dejarse cuestiones de lado que el sujeto no contempló o consideró, lo lleva al error basado en la imposibilidad de retener todo, “cada hipótesis establece que en cada una de ellas los tipos de error que pueden cometerse son diferentes. La hipótesis abstractiva, los errores son errores de omisión, porque la memoria es una memoria frágil, es de reproducción, solo que no reproduce todo, no reproduce solo sino lo que el sujeto consideró importante” (Camilloni, 1996, p. 45).

En el caso de la materia Derecho Romano, que es con la que se trabaja en la Facultad, hay una imposibilidad fáctica y también jurídica de conocerla toda en su totalidad, por diversos factores que influyen: a nivel externo, el tiempo; a nivel interno, del sujeto que aprende, la imposibilidad de aprender todos los contenidos en lapsos tan cortos, ya sea por sus tiempos de estudio y los externos que son los tiempos académicos.

El error, además de basarse en no recordar algo, también pudo ser objeto de manipulaciones inconscientes o internas: las falacias interpretativas. “Según la hipótesis reconstructiva, en realidad el sujeto es un sujeto creador y por lo tanto puede cometer errores de distorsión, es decir, que como ha interpretado, puede haberlo hecho de diferentes maneras” (Camilloni, 1996, p. 45).

Los errores forman parte de las prácticas docentes, no se concibe la no existencia del error, “es prácticamente imposible enseñar con buena calidad de enseñanza si no tenemos en cuenta los errores” (Camilloni, 1996, p. 47).

Además de los errores que hemos visto, podría decirse que el más habitual es el relacionado con los errores no inteligentes

El error no inteligente es el que se produce por distracción, por azar. Frente a éste error es muy poco lo que podemos hacer, se prevén errores inteligentes, es muy difícil prever errores no inteligentes (...) como tarea de un docente es poder diferenciar éstos tipos de errores. Nunca vamos a poder garantizar que un aprendizaje se haga sin errores (...) necesitamos saber cuáles son los errores posibles (Camilloni, 1996, p. 46).

Aquí aparece otra tarea que es ardua y lleva tiempo para el docente: la identificación de los errores. Si se sabe de dónde nacen se podrían contrarrestar, no del todo, sino acortar los márgenes de su realización; es imposible extirpar el error de las prácticas docentes. “Identificar quiere decir que no siempre vamos a poder saber cuál es la causa de los errores. Pero en algunos casos sí, y en la medida que cada uno de nosotros podamos categorizar los errores posibles podremos enseñar” (Camilloni, 1996, p. 47).

X. La importancia de la temática elegida

La temática de los errores y la evaluación de los procesos de aprendizaje fue elegida por los siguientes motivos: permite conocer la interacción de los procesos de aprendizaje como una totalidad, enseñanza, aprendizaje y evaluación.

Permite ampliar la comprensión de las variables en los errores que se pueden dar apuntando a mejorar el proceso de enseñanza y aprendizaje.

La lectura de los textos permite conocer tipos de errores que antes no los tenían visibilizados. Me permitió comprender las diversas cuestiones intrínsecas en la imposibilidad de que no exista error.

Conocer los tipos de errores para acortar los márgenes de perjuicios en la tarea docente. Se quiebra con el mito de que el error es solo no entender la consigna o no haber estudiado, es más profundo y complejo.

Que el alumno comprenda la importancia de que el proceso de aprendizaje no es memorizar y repetir, sino, por el contrario, es aprehender los conocimientos con un espíritu crítico “En el proceso de formación de los estudiantes en la disciplina de Derecho Romano se han fijado como objetivos los siguientes: (...) El desarrollo del pensamiento reflexivo y del pensamiento crítico” (Ortuño, 2011, 5).

Se produce el quiebre de otro mito: “El profesor nunca se equivoca”. No me refiero a equivocarse en el contenido de la materia, sino a equivocarse en la forma o modo de la transmisión de conocimientos dirigidos al alumno; eso se puede observar cuando el alumno termina realizando viejas prácticas educativas ya erradicadas, por ejemplo, copiar un texto y repetirlo de memoria, con nula posibilidad de análisis y comprensión y carencia de crítica constructiva y argumentada.

Evaluar contribuye a desarrollar los procesos meta cognitivos en el estudiante, la capacidad que tiene el sujeto para pensar y reflexionar acerca de su aprendizaje, definir objetivos y regular por sí mismo la actividad, predecir sus éxitos en determinadas tareas y monitorear su comprensión.

XI. Método utilizado

Se ha realizado entre 2017 y 2019 un trabajo de campo comprendido por las fuentes bibliográficas que lo acompañan, con entrevistas libres. Entrevistas con informantes claves, los/as estudiantes de la carrera de Abogacía de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Los referidos han cursado la materia Derecho Romano en diversos cuatrimestres de los años señalados.

Se trata de aproximadamente de 200 alumnos/as que anónima y voluntariamente participaron en dichas entrevistas, que luego fueron desgrabadas, aportando datos necesarios y relevantes acerca del objeto de este artículo, como así también las variables. Son grupos heterogéneos, cuyas edades oscilan de 18 en adelante, provenientes de distintos puntos de la República Argentina y de la provincia de Buenos Aires. La mayoría son ingresantes de la carrera y un porcentaje menor se trata de alumnado pertenecientes a otros años de ingresos.

XII. Conclusión

En el presente trabajo se ha elegido la evaluación, por ser uno de los aspectos más relevantes del proceso educativo, tanto para el docente como para el alumnado. Evaluar significa, en la actualidad, romper con estructuras arcaicas en los que los alumnos estudiaban y recitaban de memoria para cumplir con los requerimientos de los profesores, aprobar la materia y pasar al próximo nivel educativo. Ello fomentaba la educación estructurada, acrítica y poco evolutiva. En la actualidad, el acceso a herramientas informáticas permite que la educación no sea vertical, sino que se establezcan vínculos horizontales entre alumnos y docentes, la retroalimentación educativa.

Por otro lado, en los procesos de enseñanza y aprendizaje entra en juego la evaluación, no como un eje aislado, sino como una parte integrante de las dos anteriores. Los tres aspectos coexisten, no es posible pensarlos por separado, uno existe porque existen los demás: Aquí se rompe otro mito de la vieja educación, que la evaluación es el cierre de una etapa ya no es comprendido ni estudiado de esta manera. Es un proceso constante llevado a cabo tanto dentro como fuera del aula.

El segundo aspecto que integra la temática elegida es el error; no significa la debacle del alumno ni mucho menos, sino que forma parte del proceso de aprendizaje, aunque parezca paradójico. La detección del error y conocer sus clases es sumamente constructivo, tanto para el docente como para el alumno: al primero le permite rever los procesos de enseñanza, metodologías, implementaciones áulicas, como trabajos prácticos, debates argumentados de un tema previamente

explicado y trabajado en la clase, propuestas de los alumnos —por ejemplo, un simulacro de juicio—, etc. Un sinfín de posibilidades que ofrece el ámbito del derecho en las facultades. A los segundos, les permite revisar determinados aspectos como procesos cognitivos que son personalísimos, evitar y eliminar la repetición de memoria, entenderla como un proceso de retroalimentación y de circulación, no como una etapa que se cierra, que, si bien puede suceder desde lo académico, sirve para mejorar técnicas relacionadas con la enseñanza y el aprendizaje para el futuro y como meta final trasladarlo a la posibilidad de tomar decisiones en la vida personal, basados en el espíritu crítico y los procesos educativos no solo como pertenecientes a los ámbitos académicos, sino como herramientas que les van a generar independencia en las tomas de decisiones.

Uno de los inconvenientes al abordar la temática seleccionada fue la falta de bibliografía que haga un enfoque certero en la evaluación de los aprendizajes en la materia objeto de análisis, dado que tanto autores nacionales como extranjeros han realizado una focalización sobre la enseñanza del Derecho Romano, siendo prácticamente nulas las referidas a la evaluación como los procesos a tener en cuenta.

XIII. Bibliografía

Anijovich, R. y otros (2010). *La evaluación significativa*. Buenos Aires: Paidós.

Aramburu, R. (2012) Relaciones entre la enseñanza y el aprendizaje del derecho romano en la aplicación de casos prácticos. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, año VI, N° 8. Buenos Aires.

Camilloni, A. (1994). El tratamiento de los errores en situaciones de baja interacción y respuesta demorada. En E. Litwin; M. Maggio y H. Roig (Comp.), *Educación a distancia en los '90. Desarrollos, problemas, perspectivas*. Facultad de Filosofía y Letras. Programa de Educación a distancia UBA XXI. Buenos Aires: Eudeba.

Cols, E. (2009). La evaluación de los aprendizajes como objeto de estudio y campo de prácticas. Introducción. *Archivos De Ciencias De La Educación*, Año 3, N° 3. Buenos Aires.

Hinestrosa, F. (2015). El derecho romano y la formación del jurista. *Revista de derecho Privado del Externado de la Universidad de Colombia*. Recuperado de

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4322> [Fecha de consulta: 20/1/2020].

Lipsman, M. (2008). *Actas del I Foro Internacional de Educación superior en entornos virtuales. Perspectivas sobre la docencia y la investigación*. Buenos Aires. Editorial Universidad Nacional de Quilmes.

Ravella, P. (2006). *Para comprender las evaluaciones educativas. Fichas didácticas*. Uruguay: Editorial San Marino.

Murillo Villar, A. (2008). *Nuevas perspectivas para la enseñanza del derecho romano en el espacio europeo de educación superior (EEES)*. Recuperado de http://www.ridrom.uclm.es/documentos/Murillo_imp.pdf [Fecha de consulta: 20/01/2020].

Ortuño Pérez, M. E. (2011). La enseñanza del Derecho Romano a través de problemas. Universidad de Barcelona. Revista de Educación y Derecho. *Education and Law Review*, N° 4. Recuperado de <https://revistes.ub.edu/index.php/RED/article/view/2200/2331> [Fecha de consulta: 04/02/2020].

Perrenoud, P. (2008). *La evaluación de los alumnos. De la producción de la excelencia a la regulación de los aprendizajes. Entre dos lógicas*. Buenos Aires: Colihué.

Programa de Derecho Romano, Cátedra III, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Plan 2016. Universidad Nacional de La Plata. Fundamentos y Objetivos. Recuperado de <https://www.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/alumnos/programas/romanocat3.pdf> [Fecha de consulta: 12/02/2020].

Fecha de recepción: 31-03-2020

Fecha de aceptación: 15-05-2020

Algor-ética: la ética en la inteligencia artificial

POR JORGE F. VILLALBA(*)

Sumario: I. Introducción.- II. Definición de inteligencia artificial.- III. La ética en la inteligencia artificial.- IV. Ética y diversas aplicaciones en la IA.- V. Principios éticos para el diseño y desarrollo de la inteligencia artificial.- VI. IA y política.- VII. Interrogantes.- VIII. Conclusiones.- IX. Propuestas.- X. Bibliografía.

Resumen: mi actual tránsito por un doctorado en Educación, con el tema *“Inteligencia artificial aplicada a la sistematización de experiencias pedagógicas para el fortalecimiento del trabajo colectivo”*, me lleva al abordaje de la cuestión para esta ocasión, pero desde otros enfoques disciplinarios, como la visión de la filosofía del derecho, la ética y la política. Si bien Argentina se encuentra aún en lo que podríamos llamar una etapa evangelizadora de estos temas, ya abundan expresiones del pensamiento de personas con prestigio intelectual que refieren a la inteligencia artificial (IA o AI) como “algo” que ya está entre nosotros, generando una gran revolución tecnológica con manifestaciones diversas, tales como la supresión de ciertas profesiones tal y como las conocemos hoy en día; cambio de métodos de trabajo, de prácticas forenses y demás praxis. Y es ese “algo” el que tenemos que intentar definir, delimitar y sobre todo medir cuantitativamente en términos de moralidad(1).

(*) Abogado y Notario, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Córdoba. Doctorando en Educación, Universidad Católica de Córdoba (UCC). Escribano Público. Prof. becado Programa Intensivo de Nivel Doctoral sobre Altos Estudios de Derecho Histórico, Dogmático y Comparado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Prof. Derecho Romano, Derecho Privado VI, Derecho Notarial I y Derecho Notarial II, Universidad Católica de Córdoba. Prof. de la Maestría en Derecho Administrativo, Universidad Libre Seccional Socorro de Colombia.

(1) Recuperado de <https://dpicuantico.com/2019/02/04/inteligencia-artificial-en-la-corte-constitucional-colombiana-otra-experiencia-prometea/>

Palabras claves: inteligencia artificial - AI - IA - algor-ética - blockchain

Algor-ethics: ethics in artificial intelligence

Abstract: *my current transition to a PhD in Education, with the theme: “Artificial intelligence applied to the systematization of pedagogical experiences for the strengthening of collective work”; leads me to approach the issue for this occasion, but from other disciplinary approaches, such as the vision of the Philosophy of Law, Ethics and Politics. Even though Argentina is still in what we could call an evangelizing stage of these topics, there are already many expressions of the thought of people with intellectual prestige that refer to Artificial Intelligence (AI) as “something” that is already among us, generating a great technological revolution with diverse manifestations such as the suppression of certain professions as we know them today; change of work methods; of forensic practices and other practices. And it is this “something” that we must try to define, delimit and above all measure quantitatively in terms of morality.*

Keywords: *artificial intelligence - AI - IA - algor-ethics - blockchain*

I. Introducción

Que la palabra y la tradición de la fe nos ayuden a interpretar los fenómenos de nuestro mundo. La algor-ética puede ser un puente para inscribir los principios de la Doctrina Social de la Iglesia en las tecnologías digitales.
 Papa Francisco (Mutual, 2020)

Recientemente, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante OCDE), como la Unión Europea (en adelante UE), publicaron sendos documentos en los que establecen las reglas del “deber ser” de la inteligencia artificial (IA). En el caso de la OCDE, dictaminó los denominados “Principios sobre la Inteligencia Artificial”, mientras que la UE se refirió a los siete principios éticos que deben regir la IA.

Debemos tener presente en este punto que Colombia adhiere al acuerdo sobre inteligencia artificial ante los países de la OCDE (2).

La OCDE sostiene que deben ser los gobiernos los que garanticen que el diseño de los sistemas de IA respete los valores y leyes imperantes. El desafío consiste en que las personas puedan confiar que su seguridad y privacidad se respetarán,

(2) Recuperado de <https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-Prensa/Noticias/100683:Colombia-se-adhiere-a-acuerdo-sobre-Inteligencia-Artificial-ante-los-paises-de-la-OCDE>

minimizar la sensación de vulnerabilidad, considerando estas exigencias como algo prioritario en toda manipulación de sistemas de inteligencia artificial.

En el caso de Europa hay una marcada y clara estrategia de que el ser humano sea el centro de la cuestión. Esto quiere decir que las aplicaciones de IA no solo deben ajustarse a la ley, sino que también deben respetar los **principios éticos** y garantizar que su implementación evite daños involuntarios o colaterales.

Actualmente encontramos iniciativas en Europa, como el caso de España, donde observamos la creación de OdiseIA (3), el Observatorio del Impacto Social y Ético de la Inteligencia Artificial, el cual está conformado o integrado por empresas, universidades, instituciones y personas físicas, entre otras, con firme preocupación e interés por la ética de la IA.

Este espacio pretende servir de punto de discusión y análisis sobre dicha materia, garantizando, a la vez, un diálogo de carácter independiente y multidisciplinar.

Otra de las iniciativas es la denominada “*We The Humans* (4)”, que nace por el interés en una inteligencia artificial ética, por pedido de una serie de profesionales de diversos ámbitos, que quieren cambiar la visión tecnológica por no aceptar un determinismo en el que la tecnología “es” de una cierta forma, poniendo el acento en que la potencialidad tiene una intencionalidad que debe ser dirigida hasta la humanización de la tecnología y no a la inversa.

II. Definición de inteligencia artificial

Una aproximación teórica de la cuestión nos permite construir una definición, como así también delimitar el ámbito de competencia de esta tecnología.

Es importante aclarar que no existe una definición única y consensuada de inteligencia artificial.

Cada definición existente parece asumir unos objetivos distintos para la IA o parte de concepciones distintas sobre la categoría “inteligencia”. Cuando uso aquí el término categoría, lo hago en lenguaje educativo y no aristotélico, es decir, no me refiero a una categoría aristotélica sino a categoría como formulación de un concepto que requiere de una construcción social, que nace de dicha construcción y que debe tener una potencialidad humanizadora a los fines de permitir una utilización direccionada a la construcción de formas sociales justas, manteniendo

(3) Presentación del Observatorio del Impacto Social y Ético de la Inteligencia Artificial (OdiseIA) (19 de octubre de 2019). Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=y9IzF96125s>

(4) Recuperado de <http://wethehumansthinktank.com/sobre-nosotros/>

la figura del ser humano en el centro de la cuestión en todo momento; porque es por y para el hombre que el derecho existe y que la tecnología se pone al servicio.

Intentar una definición *a priori* de inteligencia artificial nos lleva a postular la idea de combinación de algoritmos, con la intencionalidad de que permitan la creación de máquinas que puedan imitar, analogar o superar las propias capacidades del ser humano. Advierto la palabra “algoritmo”, tal como proponemos en el título de este ensayo, en combinación con la palabra ética al hablar de la algor-ética, categoría o construcción terminológica empleada por su Santidad Papa Francisco al abordar la cuestión.

También podríamos hablar de tecnología que busca, por un lado, descomponer la inteligencia humana en sus procesos más simples y elementales para poder, más tarde, formalizarlos (expresarlos en el lenguaje formal de la lógica), recomponerlos en forma de algoritmos y estrategias de programación, y reproducir así la inteligencia humana en máquinas y programas.

La IA tiene la potencialidad de describir la inteligencia humana en sus elementos más simples para poder así hacerla computable y transferible mediante algoritmos y lenguajes de programación.

Muchos autores han tratado de aportar una definición más concisa, tratando de establecer una delimitación del objetivo principal de esta tecnología, refiriendo que la misma persigue imitar la forma de actuar o pensar de los seres humanos o construir sistemas que razonen o que actúen como ellos, pero la imitación tiene como intencionalidad el incremento de la potencialidad humana.

Russell y Norvig clasifican las distintas definiciones en cuatro categorías: sistemas que actúan como humanos; sistemas que piensan como humanos; sistemas que piensan racionalmente; sistemas que actúan racionalmente.

En definitiva, la IA se estructura de un conocimiento y no de una sabiduría, donde esta última es una virtud que le corresponde en forma exclusiva al ser humano. Un conocimiento elevado al punto de la categoría sabiduría implica experiencia, cultivar la prudencia, poder aplicar la equidad, tener sensibilidad por lo cotidiano; aspectos y virtudes que solo el hombre —por el solo hecho de ser hombre— puede desarrollar.

III. La ética en la inteligencia artificial

En el año 1985, Judith Jarvis Johnson puso de manifiesto en la revista *The Yale Law Journal* algunas preguntas que llevaban rondando desde principios del

siglo XX en el conocimiento humano (5). Este reconocido jurista expuso la complejidad que supondría para una inteligencia artificial encontrar la solución de un dilema humano complejo (6). Imaginemos que una persona conduce un coche sin frenos; ante él, se bifurca el camino en dos: en el camino de la izquierda hay cinco personas, en el de la derecha solo hay una. ¿Es lícito matar a una persona para salvar a otras cinco?

Un ser humano tendría que despejar las incógnitas de la ecuación atendiendo criterios éticos. Resulta sumamente difícil que una máquina pueda calibrar este tipo de decisiones, por eso es tan importante que la inteligencia artificial pueda estar dotada de una ética o código de valores que condicione, a nuestra imagen y semejanza, la esencia de sus actos.

El filósofo Nick Bostrom (7) sostiene que una inteligencia artificial avanzada podría tener la capacidad de provocar la extinción humana, ya que sus planes pueden no implicar tendencias motivacionales humanas. No obstante, Bostrom (2003) también plantea la situación contraria, en la que una *super inteligencia* podría ayudarnos a resolver problemas tediosos y constantes en la humanidad, tales como la pobreza, la enfermedad o la destrucción del planeta.

Es importante la paradoja de Bostrom (2003) que habla del “efecto perverso”. Para explicar dicho efecto utiliza el mito del rey Midas al desear convertir todo lo que toque en oro. Toca un árbol y se convierte en oro, incluso su propia comida. Por ello, es importante que la IA pueda extrapolar las intenciones que tenemos, sin caer en el efecto perverso, más allá del efecto anti-ético.

Debemos ser capaces de saber cómo controlar la Inteligencia Artificial
(Bostrom, 2005)

Al incorporar la inteligencia artificial a los procesos de las organizaciones es importante dotar a esta nueva tecnología de valores y principios. Y, dentro de las organizaciones, son los desarrolladores de esta tecnología las personas que realmente han de trabajar siendo conscientes de las implicaciones morales y éticas que conlleva su trabajo.

“Cada aspecto de nuestras vidas será transformado [por AI]”, y podría ser “el evento más grande en la historia de nuestra civilización” (Hawking, 2018).

(5) Recuperado de https://retina.elpais.com/retina/2019/02/25/tendencias/1551089772_654032.html

(6) Would you sacrifice one person to save five? Eleanor Nelsen. (12 de enero de 2019). Recuperado de https://www.youtube.com/watch?time_continue=3&v=yg16u_bzjPE&feature=emb_logo

(7) Nick Bostrom, el filósofo que advierte de los riesgos de la superinteligencia artificial (20 de abril de 2017). Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=5zzdVHfbj6w>

La problemática planteada se está materializando en la *Asociación sobre Inteligencia Artificial*, creada por Elon Musk y Sam Altman, en la que se invita a los principales líderes tecnológicos para poder identificar dilemas éticos y prejuicios. Su objetivo primordial es establecer unas reglas de juego, basadas en un marco de comportamiento moral, donde la inteligencia artificial pueda desarrollarse en representación de la humanidad.

En tiempos actuales, muchas compañías están comenzando a formar a las personas (quienes a su vez están formando a las máquinas) en prácticas éticas aplicadas a los algoritmos que rigen la inteligencia artificial.

La gestión del aprendizaje de la inteligencia artificial es lo que actualmente conocemos como *machine learning*(8), el cual debe contener principios universales de respeto, libertad e igualdad.

La preocupación ética por la creación de nuevos tipos de inteligencia requiere de un exquisito criterio moral de las personas que diseñan estas nuevas formas de tecnología. El algoritmo ha de ser capaz de discernir y reconocer fallos cuando se centran en acciones sociales con repercusión, que antes realizaba un ser humano.

El Algoritmo no puede dañar a personas o empresas.
Wundersee, 2019

Fruto de esta preocupación, el Parlamento Europeo realizó un informe sobre robótica en 2017 llamado *Código Ético de Conducta*, publicando en 2018 el primer borrador de la *Guía Ética para el uso responsable de la Inteligencia Artificial*.

Son estándares morales dirigidos a humanos, a los creadores de tecnología, cuyos principios rectores son los siguientes: asegurar que la IA está centrada en el ser humano; prestar atención a los grupos vulnerables, como los menores de edad o las personas con discapacidades; respetar los derechos fundamentales y la regulación aplicable; ser técnicamente robusta y fiable; funcionar con transparencia y no restringir la libertad humana.

Las grandes organizaciones, empresas y gobiernos, están centrándose en los problemas que pueden surgir en el tema de la ética de la inteligencia artificial para trazar consideraciones, prácticas y marcos comunes de cara al futuro (9).

(8) Recuperado de <https://www.bbva.com/es/machine-learning-que-es-y-como-funciona/>

(9) Límites éticos para la inteligencia artificial. DW Documental (14 de agosto de 2019). Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=sHVwwriaT6k>

Es importante alcanzar un acuerdo donde se pueda conceptualizar y, sobre todo, regular las prácticas derivadas. Al fin y al cabo, la tecnología es un paso más de nuestra evolución (10).

En el intento de que la IA logre replicar la inteligencia humana tenemos un debate abierto entre los expertos en IA, científicos y filósofos, sobre la existencia de múltiples definiciones de inteligencia, dando lugar a diversas maneras de concebir la naturaleza y, sobre todo, el propósito de la IA.

La relevancia ética del desarrollo de la IA no permanece ajena a este debate. El campo de la ética se extiende allá donde encuentra agentes dotados de autonomía e inteligencia, es decir, sujetos capaces de tomar decisiones y actuar de forma racional. En este sentido, el término “autonomía” suele emplearse en este contexto para designar la capacidad de escoger un curso de acción de forma libre, capacidad que tradicionalmente se ha identificado como un rasgo distintivo y exclusivo de los seres humanos (*European Group on Ethics in Science and New Technologies*, 2018).

Esta autonomía no ha de ser confundida con la capacidad que presentan otros seres vivos de dirigir sus actos.

La autonomía humana viene siempre ligada a la responsabilidad: las personas, al ser capaces de dar cuenta de sus propios motivos y razones, responden también por ello ante los actos y decisiones tomadas.

A la vista de estas consideraciones, emplear el término “autónomo” para referirse a los dispositivos provistos de IA puede llevar a confusión. Se suele afirmar que muchas de las aplicaciones, sistemas y máquinas dotados de IA son capaces de operar de forma “autónoma”, es decir, de realizar operaciones y procesos por sí mismos. Sin embargo, puesto que hasta la fecha ningún sistema o artefacto inteligente es capaz de dar cuenta de sus propios actos y decisiones de la manera en la que las personas son capaces, resulta erróneo calificar a estos dispositivos de autónomos en el sentido ético de la palabra.

Es cierto que en el ámbito tecnológico ha proliferado el uso de dicho término para referirse simplemente a aplicaciones capaces de operar sin supervisión humana, pero, desde el punto de vista del análisis ético, el término adecuado para referirse a estos dispositivos sería “automático”, no “autónomo”.

(10) Recuperado de <https://www.lanacion.com.ar/opinion/columnistas/inquietante-vinculo-entre-el-ganchao-y-el-temor-a-un-ataque-cuantico-nid2337839>

Con todo, la existencia de aplicaciones capaces de tomar distintos cursos de acción por sí mismas no deja de plantear algunas dudas sobre la creencia de que solo los seres humanos son capaces de actuar de forma autónoma. Aclarar este punto es de una importancia capital, pues la relevancia ética de los sistemas provistos de IA será una u otra en función de quién sea verdaderamente responsable de los razonamientos y las decisiones de estos dispositivos: las personas encargadas de su diseño o los propios dispositivos.

En esta línea, algunos autores proponen distinguir entre una IA débil y una fuerte (11) (López de Mántaras, 2015) (12). Esta distinción entre IA débil e IA fuerte fue introducida inicialmente por el filósofo John Searle en el año 1980.

Según esta visión, la IA débil sería la ciencia que permitiría diseñar y programar ordenadores capaces de realizar tareas de forma inteligente, mientras que la IA fuerte sería la ciencia que permitiría replicar en máquinas la inteligencia humana, tiene conciencia, empatía, etc., siendo incluso capaces de comprender perfectamente cada uno de sus actos y sus consecuencias.

En otras palabras, la IA débil permitiría desarrollar sistemas con inteligencia especializada, ordenadores que juegan al ajedrez, diagnostican enfermedades o resuelven teoremas matemáticos; mientras que la IA fuerte permitiría desarrollar ordenadores (quasi-humanos) y máquinas dotados de inteligencia de tipo general. La presencia de inteligencia general —la que presentan los seres humanos— sería la condición suficiente para inferir que un dispositivo puede actuar de forma autónoma, no solo automática.

La relevancia ética de los dispositivos y sistemas dotados de una IA débil sería fácil de determinar, en virtud de que estrictamente no estamos hablando de una simetría con la conciencia humana. Estos dispositivos pueden operar de forma automática o autómeta, pero no poseen inteligencia de tipo general y, por tanto, carecen de autonomía en sentido estricto. Se trata de aplicaciones programadas de antemano para realizar una única tarea, y en muchos casos han demostrado superar con creces la pericia humana, sobre todo para tareas de tipo burocráticas o mecánicas que consumen gran cantidad de horas de tiempo y mucho recurso humano. Pero se trata de sistemas incapaces de actuar de forma racional, por lo que su actividad no es éticamente imputable o reprochable según el caso.

(11) Qué es la Inteligencia Artificial Avanzada (Inteligencia Artificial Fuerte) (8 de enero de 2018). Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=JFpDp7H1mNM>

(12) Entrevista a Ramón López de Mántaras, *OpenMind* (13 de junio de 2019). Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=qo_78YIBF7I

En los sistemas de este tipo, la responsabilidad ética recae plenamente sobre las personas encargadas de su diseño y funcionamiento. Puesto que estas aplicaciones solo tienen la posibilidad de operar de acuerdo a un único curso de acción, la reflexión ética en torno a este tipo de tecnología ha de centrarse en la programación y el diseño de estos sistemas.

La consideración ética de las aplicaciones dotadas de una IA fuerte resulta algo más compleja, en primer lugar, porque no resulta claro que sea posible crear máquinas con inteligencia de tipo general. Hoy sabemos que la complejidad del cerebro humano es prácticamente imposible de replicar (López de Mántaras, 2015) y que los intentos de desarrollar máquinas capaces de mostrar un comportamiento inteligente en varios ámbitos no han tenido mucho éxito. Pero hablamos de una asimilación plena, no obstante ello, muchas manifestaciones de utilización de inteligencia artificial actualmente presentan problemáticas éticas dignas de consideración, pese a no referirnos estrictamente a un sistema de inteligencia artificial fuerte.

Un ordenador capaz de vencer en el juego de ajedrez a cualquier ser humano es incapaz de aplicar ese conocimiento a un juego similar, como las damas, cuando cualquier persona podría inferir rápidamente las reglas y comenzar a jugar.

La práctica imposibilidad de crear un sistema dotado de inteligencia y sentido común hace igualmente dudosa la propuesta de la singularidad tecnológica (inteligencias artificiales dotadas de inteligencia general capaces de automejorarse progresivamente hasta superar con creces la inteligencia humana) y otorga un carácter distópico a las reflexiones en torno a los potenciales riesgos derivados de esta tecnología.

A pesar de que una IA fuerte parezca impracticable actualmente, es cierto que ya existen aplicaciones dotadas de IA con capacidad de tomar decisiones y escoger entre diversos cursos de acción, tal como dije anteriormente. Ilustramos este postulado con hechos vinculados a los vehículos automáticos o robots domésticos.

Aun así, es preciso afirmar que incluso en estos sistemas la capacidad de toma de decisiones es solo aparente: están programados para realizar un cálculo de probabilidades teniendo en cuenta una diversidad de factores y circunstancias, con alto contenido experimental producto de la carga de casos o minería de datos para evaluaciones de tipo estadísticos siguiendo patrones de repetición de decisiones ante determinados eventos; es decir, que el sistema otorga una respuesta correcta a priori según un escenario determinado y un conjunto de datos limitados, seleccionando el curso de acción óptimo.

Pero pese a encontrarnos en la esfera de la toma de decisiones en función de un cálculo probabilístico, se puede observar que aun así entran en consideración factores de relevancia ética.

En los sistemas de este tipo la responsabilidad ética sigue recayendo en su totalidad sobre las personas encargadas de su diseño y funcionamiento, pero, al ser mayor el grado de automatización, la reflexión ética ha de tener en cuenta principios de diseño más específicos, como la trazabilidad de los algoritmos, la explicabilidad, la rendición de cuentas o la supervisión humana. En definitiva, hablamos de resultados productos de ciertas tomas de decisiones con implicancias y riesgos éticos.

Ante el potencial que la IA exhibe, urge establecer unos principios y proponer una serie de pautas para que esta tecnología se emplee y siga desarrollándose de manera responsable y segura. La existencia de unos principios y estándares correctamente delimitados puede contribuir sobremanera a potenciar los beneficios derivados de la IA y a minimizar los riesgos que su uso implica.

IV. Ética y diversas aplicaciones de la IA

Las aplicaciones de la IA son de diverso tipo y su uso varía enormemente. Esto hace que sea prácticamente imposible establecer un único procedimiento o código de conducta específico para la IA en general.

Son muchos los organismos e instituciones que ya se han apresurado a elaborar una lista de principios y recomendaciones para asegurar un uso adecuado de la IA.

Entre los documentos disponibles merece la pena destacar los publicados por distintos órganos de la Unión Europea, que abordan también la dimensión regulatoria de los robots y sistemas autónomos; las recomendaciones del Foro Económico Mundial, en las que se proponen distintos métodos para asegurar un buen uso de la IA por parte de empresas y Gobiernos; y los informes publicados por el UNICRI, *Centre for AI and Robotics* de las Naciones Unidas y por la Unesco.

En los últimos años, también han visto la luz diversas iniciativas de la mano de empresas, asociaciones profesionales o académicos que han contribuido a formular criterios de buenas prácticas para el uso de la IA. Entre ellas destacan los estándares formulados por la IEEE (*Institute of Electrical and Electronics Engineers*); los principios Asilomar sobre IA propuestos por el *Future of Life Institute*; o la declaración para el desarrollo responsable de la IA, elaborada por el *Forum on the Socially Responsible Development of Artificial Intelligence*, celebrado en la Université de Montréal en el 2017.

En el ámbito español merece la pena destacar la Declaración de Barcelona sobre la inteligencia artificial, firmada en el 2017 por distintos expertos en IA y promovida por la obra social “la Caixa”.

V. Principios éticos para el diseño y desarrollo de la inteligencia artificial

Un primer punto de partida para garantizar una IA segura y robusta es proponer una serie de principios éticos que abarquen las distintas aplicaciones y sistemas provistos de IA.

Estos principios no poseen una formulación tan específica como cabría esperar de un código de conducta o de una serie de normas. Se trata, más bien, de una serie de imperativos en los que se presenta un bien humano que debe ser respetado en toda situación y promovido mediante nuestras acciones.

En el ámbito de la ética y la moralidad es frecuente encontrar principios formulados de esta manera: por ejemplo, “no matarás”; o el conocido imperativo categórico de Immanuel Kant: “Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio” (Kant, 1785). De manera similar, el campo de la robótica y de la IA es susceptible también de albergar formulaciones semejantes. Muchos de los principios que es posible encontrar en los documentos listados se inspiran previamente en las leyes de la robótica elaboradas por Isaac Asimov (1942):

- 1) Un robot no puede hacer daño a un ser humano o, por inacción, permitir que un ser humano sufra.
- 2) Un robot debe obedecer las órdenes dadas por los seres humanos, excepto si estas órdenes entrasen en conflicto con la primera ley.
- 3) Un robot debe proteger su propia existencia en la medida en que esta protección no entre en conflicto con la primera o la segunda ley.

En vista de los riesgos que los sistemas y dispositivos inteligentes poseen, se hace necesario identificar qué bienes humanos entran en peligro en este escenario y formular, como consecuencia, una serie de principios que orienten el uso de la IA hacia su defensa y promoción.

Tras haber repasado en el apartado anterior algunos de estos riesgos, y tomando en consideración los principios propuestos por los organismos citados anteriormente, proponemos el siguiente listado:

- a) Autonomía humana: los sistemas inteligentes deben respetar en todo momento la autonomía y los derechos fundamentales de las personas.
- b) Transparencia: dado que el diseño de estos dispositivos contempla que tomen decisiones automáticamente con base en distintos cálculos y proyecciones, debe ser posible en todo momento trazar el razonamiento seguido por el sistema y explicar las consecuencias alcanzadas. El diseño y el empleo de una tecnología impredecible son incompatibles con la defensa de la autonomía humana. Es absolutamente necesario que la actividad de todos estos dispositivos sea de fácil comprensión y acceso.
- c) Responsabilidad: asignación de responsabilidades ante los posibles daños y perjuicios que estos puedan ocasionar los sistemas de IA.
- d) Integridad y seguridad: exigencia de algoritmos seguros, fiables y sólidos para resolver errores o incoherencias durante todas las fases del ciclo de vida útil de los dispositivos.
- e) Justicia distributiva: garantizar un empleo justo de los datos disponibles para evitar posibles discriminaciones hacia determinados grupos o distorsiones en los precios y en el equilibrio de mercado.

Los principios antes establecidos llevan a considerar los mecanismos *value-by-design* (*security-by-design*, *privacy-by-design*, etc.) métodos que permitan materializar estos principios éticos en el diseño y la programación específica de los algoritmos.

Junto con la posibilidad de introducir parámetros éticos durante esta fase, el diseño de estos sistemas es de una importancia crucial debido a la propia naturaleza de la IA. Ha quedado mencionado cómo los sistemas dotados de IA son “autónomos” en un sentido restringido de la palabra: el razonamiento y el proceso de toma de decisiones que llevan a cabo responden siempre a una programación previa que, por muy amplia y compleja que pueda ser, queda también siempre dentro de los límites establecidos por el diseño; de ahí que la responsabilidad ética ligada a los diversos usos de la IA recaiga directamente sobre las personas, no sobre las máquinas.

Por esto mismo, las consideraciones éticas y sociales deben comparecer desde la primera fase de diseño de la tecnología (Buchholz y Rosenthal, 2002). Incorporar criterios éticos durante la fase de diseño reviste una gran importancia, pero no es suficiente para garantizar que las aplicaciones provistas de IA sean seguras y se empleen de manera responsable.

En resumidas cuentas, la IA no es un simple producto del que deban ocuparse los diseñadores: es un producto social en el que se ven involucrados distintos grupos de interés y en el que entran en juego fuerzas de origen social, político y económico.

En definitiva, las consideraciones éticas durante la fase de diseño de aplicaciones deben estar acompañadas también de una serie de mecanismos concretos que permitan a los distintos grupos de interés (empresas, investigadores, reguladores, gobiernos, consumidores, etc.) incorporar principios y normas al funcionamiento de estas nuevas

VI. IA y política

Carme Artigas dirige la secretaría de Estado de España. Es la primera que incluye en su título el término inteligencia artificial (IA), materia en la que es una reconocida experta. En un momento de recelo hacia esta tecnología, por cuestiones de seguridad y privacidad, destaca el poder que la IA puede otorgar a los ciudadanos para controlar a gobiernos y grandes empresas, y aboga por liderar en Europa el debate del humanismo tecnológico (13).

El uso de IA permite hacer mucho más eficiente la administración digital, teniendo como prioridad del gobierno español liderar el debate del humanismo tecnológico en Europa.

Para ello, hay una marcada necesidad de definir marcos normativos basados en la ética y en las recomendaciones. La regulación vendrá, pero cuando el mercado esté un poco más maduro.

Es fundamental que las empresas tecnológicas sean conscientes que si su desarrollo no tiene encaje en la estructura de valores de la ciudadanía, al final, esa industria no va a prosperar. La falta de presión del gobierno estimula a que las compañías tecnológicas desarrollen algoritmos éticos por diseño.

Tener un cierto nivel de confiabilidad sobre la falta de sesgos en los sistemas de IA; saber que se han entrenado bien los modelos, que se han aplicado de forma correcta, que haya transparencia con los algoritmos y que se expliquen bien su funcionamiento.

(13) Recuperado de https://elpais.com/tecnologia/2020/02/21/actualidad/1582290641_645896.html

La interrelación de los sistemas de IA con la política requiere encontrar consensos, porque todo el mundo entiende perfectamente lo que hace falta para avanzar en la transformación digital.

A nivel Estado es fundamental formular una estrategia de IA, aprender de los mejores en aquellos ámbitos en los que son buenos, sin perder de vista el hecho de tener, como país, una posición diferencial.

A nivel ciudadanía la discusión de la IA nos permite volvernos a hacer preguntas como cuáles son los valores que marcan nuestra sociedad, cuáles son los límites de la libertad de expresión o cuáles son los derechos que queremos preservar.

Queda claro que el desarrollo de la IA va a ser algo uniforme en todo el mundo. La IA no es una tecnología sino una infraestructura económica y social, y por tanto cada país va a decidir su modelo de adopción, con un gran potencial ofrecido a los ciudadanos para monitorizar a sus gobiernos y a las grandes corporaciones, exigiéndoles mayor transparencia.

La inteligencia artificial atraviesa varias áreas del conocimiento y una de ellas es la educación. Muchos países están haciendo un análisis conjunto con los ministerios de educación, ciencia, industria, y demás, para detectar cuáles van a ser las habilidades que se van a demandar en el futuro y cuáles debe tener la ciudadanía para elevar sus competencias. Creemos que podremos lanzar ese plan a finales de este año.

VII. Interrogantes

Luego de todo lo expuesto en el presente ensayo, estamos en condiciones de formular algunos interrogantes a la luz de ciertas disciplinas y enfoques.

Si desde la filosofía del derecho sostenemos la importancia de la prudencia dentro de los silogismos prácticos a la hora de resolver el reparto de derechos, la aplicación de justicia, el dar a cada uno lo suyo, y sabiendo que la prudencia es una virtud que le pertenece con exclusividad al ser humano:

· *¿Qué sucede con la Prudencia, la recta ratio agibilium en los mecanismos de resolución de conflictos por sistema de inteligencia artificial?*

Siguiendo el pensamiento de Santo Tomás de Aquino (14) y Aristóteles, es la prudencia la virtud que permite al ser humano aplicar los principios morales en los casos particulares, sin incurrir en error.

(14) Recuperado de <https://www.dominicos.org/estudio/recurso/suma-teologica/>

Decimos entonces que:

· *¿Iniciamos un tránsito en miras de la supresión de la prudencia a cambio del análisis estadístico fruto de la valoración empírica de casos cargados en la machine learning para la toma de decisiones o resoluciones de conflictos?*

Si el derecho natural existe para el hombre por el solo hecho de ser hombre:

· *¿Qué sucede con la captación y respeto por el derecho natural en una sociedad que puede tender a ser cada vez más deshumanizada y direccionada a la Inteligencia Artificial?*

· *¿Puede la inteligencia artificial captar la realidad sensorial igual que el ser humano?*

Desde un concepto escolástico, el obrar sigue al ser, lo que implica conocer el ser por su obrar; como así también distinguimos el hacer del obrar, donde el hacer perfecciona la cosa creada y el obrar perfecciona la cosa creada al mismo tiempo que al sujeto creador.

Entonces:

· *¿Podemos sostener una asimilación del ser humano con la inteligencia artificial al valorar el hacer y el obrar?*

· *¿De sostener que no, donde anclan sus diferencias estructurales, cuando la inteligencia artificial se va perfeccionando con cada toma de decisiones producto del sistema de machine learning?*

· *¿Mediante el obrar de la inteligencia artificial, conocemos su ser o la de su autor o programador?*

· *¿Qué pasa en los sistemas de inteligencia artificial fuerte en el caso de su viabilidad en nuestra sociedad?*

· *¿Hablamos de la inteligencia artificial fuerte como un nuevo tipo de ser?*

Por último, creo necesario plantear interrogantes a partir de la responsabilidad de los Estados:

· *¿Cuál es el rol, alcance, responsabilidad y compromiso de un Estado ante las manifestaciones de los sistemas de inteligencia artificial que puedan vulnerar derechos de las personas, o por qué no, invadir competencias públicas generando un nuevo mecanismo de gobierno?*

· *¿La ciencia, la teología, la filosofía, el derecho, la sociología, la antropología, la educación, etc., cuentan con el suficiente marco conceptual o estado de la cuestión sobre el tópico de inteligencia artificial con un verdadero estudio de prospectiva, antes que aquello que se cree lejano se manifieste en tiempo presente en estado acabado?*

VIII. Conclusiones

Estamos en presencia de un nuevo enfoque, donde nuestro trabajo es generar, en primera medida, un acostumbamiento por el lenguaje digital.

Luego, debemos definir si el paradigma actual consiste en la apropiación de la tecnología en un territorio donde el software modela la sociedad, lo que implica contar con la firme necesidad de leer el escenario en prospectiva.

Seguidamente, deberemos empezar a contar con respuestas sólidas y consensuadas a los interrogantes planteados anteriormente, respuestas que nos permitirán construir axiomas, principios y reglas éticas que permitan delimitar el campo de aplicación de la inteligencia artificial, imposibilitando una potencialidad que vulnere los derechos del ser humano y convierta al nuevo dispositivo en una herramienta deshumanizadora.

IX. Propuesta

Aplicar cambios en la sociedad implica una tarea de aprendizaje previa, como así también el abordaje de una actividad evangelizadora, donde la capacitación y la formación son de suma importancia.

Como actores de la educación, que formamos personas desde nuestras distintas disciplinas, tenemos el desafío de abordar una matriz relacional sobre la perspectiva de la ética, con la intencionalidad de generar un espacio más humanizador en la era de la inteligencia artificial.

Tenemos numerosos dispositivos a nuestro alcance, pero el desafío de una matriz relacional permite relacionar lo que está y “crear en la realidad”.

Hablar de matriz relacional acentúa el carácter creador, y es lo que el ser humano está haciendo hoy, a través de aportar toda su ciencia al fortalecimiento de los sistemas de inteligencia artificial, contando aún con plena autonomía.

La educación tiene una capacidad transformadora y es a partir de ella que podemos operar en la realidad, dotando a la sociedad de herramientas a partir del saber, sin que esta pierda el sesgo humanizador.

Superado el momento de la capacitación y enseñanza que debemos aplicar a la sociedad, es fundamental analizar la gravitación de algunas categorías en esta nueva era.

Sirva como propuesta el llamado que debemos hacer como sociedad, y sobre todo como pueblo latinoamericano, a debatir y analizar la verdadera gravitación de la ética en la inteligencia artificial para salvaguardar nuestras notas distintivas, nuestros derechos como personas y propender a una sociedad evolucionada pero cada vez más justa.

Los actores de las ciencias sociales tenemos este desafío por delante, y el resultado será alcanzado en la medida que generemos espacios de diálogo, investigación y divulgación de conocimiento.

El gran aporte del evento que nos convoca es que permite construir espacios de ciencia abierta, ya que solo en la medida en que podamos abrir la ciencia, los diseños, los campos de análisis, la divulgación y conclusiones de proyectos colaborativos de investigación, podremos lograr reglas, normas, y principios comunes que pregonen las prácticas éticas de la inteligencia artificial.

X. Bibliografía

AI Now Institute. (2018). *AI Now Report*. Recuperado de https://ainowinstitute.org/AI_Now_2018_Report.pdf

Asimov, I. y Barlett, R. (1942). Runaround. *Astounding Science Fiction*, 29 (1) (pp. 94-103).

Barrio, M. (2019). *La importancia de la ética en la inteligencia artificial*. Recuperado de https://retina.elpais.com/retina/2019/02/25/tendencias/1551089772_654032.html

Boo, J. (2020). *El Vaticano lanza el llamamiento «Ética en la Inteligencia Artificial»*. Recuperado de https://www.abc.es/sociedad/abci-vaticano-lanza-llamamiento-etica-inteligencia-artificial-202002281248_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F

Bostrom, N. (2003). Are we living in a computer simulation? *Philosophical Quarterly*, vol. 53. Recuperado de <https://doi.org/10.1111/1467-9213.00309>

Bostrom, N. (2003). Human genetic enhancements: A transhumanist perspective. *Journal of Value Inquiry*, N° 37. Recuperado de <https://doi.org/10.1023/B:INQU.0000019037.67783.d5>

Bostrom, N. (2003). The Transhumanist FAQ. Philosophy. Recuperado de <https://www.nickbostrom.com/views/transhumanist.pdf>

Bostrom, N. (2005a). A History of Transhumanist Thought. *Journal of Evolution and Technology*, 14 (1). Recuperado de <https://www.nickbostrom.com/papers/history.pdf>

Bostrom, N. (2005b). In defense of posthuman dignity. *Bioethics*, vol. 19. Recuperado de <https://www.nickbostrom.com/ethics/dignity.html>

Bostrom, N. (2005c). Nick Bostrom habla de nuestros más grandes problemas. *Ted global. Ted ideas worth spreading*. Recuperado de https://www.ted.com/talks/nick_bostrom_a_philosophical_quest_for_our_biggest_problems?language=es

Bostrom, N. (2009). The Future of Humanity. *A Companion to the Philosophy of Technology*. Recuperado de <https://doi.org/10.1002/9781444310795.ch98>

Bostrom, N. y Ćirković M. (ed.) (2009). Global Catastrophic Risks. *Risk Analysis*. Recuperado de <https://doi.org/10.1111/j.1539-6924.2008.01162.x>

Bostrom, N. (2013). Existential risk prevention as global priority. *Global Policy*, vol. 4. Recuperado de <https://doi.org/10.1111/1758-5899.12002>

Bostrom, N. y Sandberg, A. (2009). Cognitive enhancement: Methods, ethics, regulatory challenges. *Science and Engineering Ethics*, 15 (3). Recuperado de <https://doi.org/10.1007/s11948-009-9142-5>

Bostrom, N. (2014). *Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies*. Oxford: University Press.

Bostrom, N. y Yudkowsky, E. (2014). The ethics of artificial intelligence. En W. Ramsey y K. Frankish, *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence*. Recuperado de <https://doi.org/10.1017/cbo9781139046855.020>

Bracamonte, F. (2019). *El mito griego de Talos, el primer robot*. Recuperado de https://www.ted.com/talks/adrienne_mayor_the_greek_myth_of_talos_the_first_robot/transcript?language=es#t-223044

Comisión europea (2018). *Artificial intelligence for Europe*, 237. final, 1. Recuperado de <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/communication-artificialintelligence-europe>

Cornieles, P. (2019). Las tres leyes de la inteligencia artificial. *Ia Latam*. Recuperado de <https://ia-latam.com/2019/07/31/las-tres-leyes-de-la-inteligencia-artificial/>

Corvalán, J. (2019). *Prometea, inteligencia artificial para hacer Justicia*. Recuperado de <https://www.ambito.com/politica/justicia/prometea-inteligencia-artificial-hacer-justicia-n5061091>

Diaz, E. (2018). *La Comisión Europea presenta un documento de principios éticos para el uso de IA*. *Blogthinkbig.com* Recuperado de <https://blogthinkbig.com/inteligencia-artificial-comision>

Fussell, S. (2020). *La vigilancia del consumidor entra en su fase de negociación*. Recuperado de <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2019/06/alexa-google-incognito-mode-not-real-privacy/590734/-promo-atlantic-06-04T11%3A15%3A05> [Fecha de consulta: marzo de 2020].

Hawking, S (2018). *Stephen Hawking at Web Summit 2017*. Recuperado de <https://youtu.be/H41Zk1GrdRg> Disponible a partir del 4 de septiembre de 2018.

Litterio, A. (2019). *De Talos a los robots colaborativos*. Recuperado de <https://www.perfil.com/noticias/columnistas/de-talos-a-los-robots-colaborativos.phtml>

Marín García, S. (2019). *Ética e inteligencia artificial*. IESE, ST-522. Recuperado de <https://dx.doi.org/10.15581/018.ST-522>

Martínez, A. (2018). *¿Qué diría Aristóteles sobre la inteligencia artificial?* Recuperado de <https://www.bbva.com/es/diria-aristoteles-inteligencia-artificial/>

Molina, M. (2017). *¿Inteligencia artificial? Primero hay que conocer bien nuestra propia mente*. Recuperado de <https://www.elmundo.es/tecnologia/2017/08/01/597f5de6468aeb14378b4649.html>

Mutual, G. (2020). *Papa a Pontificia Academia para la Vida: tecnologías bien utilizadas pueden dar buenos frutos*. Recuperado de <https://www.vaticannews.va/es/papa/news/2020-02/papa-pontificia-academia-vida-palabra-tradicion-ayuden-interpret.html>

Schmidhuber, J. (1992). Learning Complex, Extended Sequences Using the Principle of History Compression. *Neural Computation*. Recuperado de <https://doi.org/10.1162/neco.1992.4.2.234>

Schmidhuber, J. (1992). Learning to Control Fast-Weight Memories: An Alternative to Dynamic Recurrent Networks. *Neural Computation*. Recuperado de <https://doi.org/10.1162/neco.1992.4.1.131>

Schmidhuber, J. (1997). *A computer scientist's view of life, the universe, and everything*. Recuperado de <https://doi.org/10.1007/bfb0052088>

Schmidhuber, J. (2006). Developmental robotics, optimal artificial curiosity, creativity, music, and the fine arts. *Connection Science*. Recuperado de <https://doi.org/10.1080/09540090600768658>

Schmidhuber, J. (2015). Deep Learning in neural networks: An overview. *Neural Networks*. Recuperado de <https://doi.org/10.1016/j.neunet.2014.09.003>

TeleSUR; AVR; MER (2020). *Papa Francisco insta a una inteligencia artificial con ética*. Recuperado de <https://www.telesurtv.net/news/papa-francisco-inteligencia-artificial-etica-20200228-0049.html>

Xataka TV (2008). *Las leyes de Asimov y la ética en robots e inteligencia artificial*. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=jkyhV4QzGhY>

Wundersee, P. (2019). La ética en la inteligencia artificial (8 de abril). Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=QWFUaDfg0Ks>

Fecha de recepción: 30-03-2020

Fecha de aceptación: 29-06-2020

El falaz problema de las falacias y el derecho

POR **GUILLERMO G. PEÑALVA**(*)

Sumario: I. A modo de introducción.- II. Las lógicas.- III. La teoría de la argumentación y la teoría de la argumentación jurídica.- IV. Las falacias.- V. Las falacias en el derecho.- VI. A modo de conclusión.- VII. Bibliografía.

Resumen: una de las principales tesis que defiendo en este trabajo es que el problema de las falacias ha sido planteado de una forma excesivamente superficial. Un repaso de la definición de “falacias”, y una crítica a la metodología con que se las ha abordado, llevan a sostener que se ha omitido la consideración de que es parte de su naturaleza el ser relativas, contextuales, dependientes de otros aspectos que no son la validez del discurso. Al llevar esto al campo de lo jurídico, tales falencias se advierten más agudamente: los discursos falaces existen, y deben ser denunciados; pero, al mismo tiempo, también existen discursos jurídicos que son —o que encierran— falacias y, sin embargo, son admitidos, hasta el punto de que alguno puede ser considerado un principio virtuoso.

Palabras claves: argumentación - razonamiento - falacias no formales - derecho

The Fallacious Problem of Fallacies and the Law

Abstract: *one of the main theses I sustain in this work is that the problem with fallacies has been laid out in a way that is excessively superficial. A review of the definition of ‘fallacies’, and a critique of the methodology used to address them, leads to state that considering part of their nature is being relative, contextually-bound, dependent of aspects other than the discourse validity has been omitted. These vices*

(*) Abogado. Prof. Titular ordinario de Introducción al Derecho, Cátedra I, Facultad de Ciencia Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP. Relator de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

are more notorious when this is taken to the Legal field: fallacious discourses exist, and must be denounced, but, simultaneously, there exist other Legal discourses which are —or embed— fallacies, yet are, however, admitted to the point that some might even be considered a virtuous principle.

Keywords: *Argumentation - reasoning - informal fallacies - Law*

I. A modo de introducción

El desarrollo que viene dándose de la teoría de la argumentación en general, y de la teoría de la argumentación jurídica en particular, desde mediados del siglo pasado, ha hecho que se multipliquen publicaciones y trabajos que, con títulos a veces rimbombantes, ofrecen algo así como un vademécum de artilugios para la construcción de argumentos capaces de salvar nuestras opiniones sobre las materias más dispares. El libro de Pablo da Silveira *“Cómo ganar discusiones (o al menos como evitar perderlas). Una introducción a la teoría de la argumentación”* (Ed. Taurus, 2004) puede ser un buen ejemplo de esto. Sin embargo, no sería justo achacar exclusivamente a la posmodernidad, y a su crítica al racionalismo, la promesa de obtener triunfos rápidos y resonantes en una cuestión tan humana como es la de debatir, polemizar, discutir, etc. Arthur Schopenhauer publicó en 1831 un opúsculo (*El arte de tener razón —expuesto en 38 estratagemas—*) (1) donde, ya en los renglones iniciales, formula este mordaz anticipo: “la dialéctica erística constituye el arte de discutir, pero de discutir de tal modo que se tenga razón, tanto lícita como ilícitamente (...)” (2) (p. 7).

Pues bien: a partir de lo anterior, hemos de reconocer que, puestos a respaldar una tesis o a desarrollar un discurso argumentativo (es decir, a discutir), uno de los objetivos que se tiene en mira (no siempre disimulado y seguramente presente) es el de imponer el propio punto de vista. Para hacerlo hay formas leales, correctas o “lógicas”, como también hay otras formas que no lo son, o no lo son tanto. A las últimas se las llama, tradicionalmente, “falacias”.

(1) El traductor en la versión a la que acudió, Cristian Rubinstein, hace notar que, en las *Obras completas* de Schopenhauer, este texto aparece bajo el título de “*Eristische Dialektik*”, aunque en la publicación original, de 1864, fue, simplemente, “*Eristik*”. Por razones que atienden a la claridad en cuanto a la representatividad de la obra se decidió al título de “*El arte de tener razón (...)*”.

(2) Como anota Hamblin, dos siglos antes de Schopenhauer los discípulos de Pierre de la Ramée, llevando al extremo el antiaristotelismo de su maestro, escribieron un tratado titulado “*Historia de la solución de las falacias deducida y explicada a partir de la lógica de Petrus Ramus*”, como para dejar en claro que tanto el Estagirita como su estudio de los sofismas debía darse por definitivamente superado.

La teoría de argumentación se ocupa tanto de las primeras como de las otras, aunque no con igual metodología ni con la misma intensidad. Esto puede deberse a que si se reclamara que el lugar central de los estudios de la teoría de la argumentación debe ser ocupado por las falacias —de cualquier tipo que sean— se correría el riesgo de creer que los argumentos y los discursos argumentativos no son más que una colección de artimañas diseñadas para hacer caer al oponente en una trampa lingüística, para exhibir nuestras habilidades retóricas o dialécticas y, desde luego, para obtener el aplauso y el reconocimiento general.

Sería injusto que se redujera la teoría de la argumentación a esta misión. Sería tan injusto como afirmar que solo se ocupa de describir y sistematizar los argumentos y los discursos argumentativos válidos y correctos, omitiendo que también se dedica a identificar y denunciar las trampas, los ardides, las emboscadas, los errores, etc., que se cometen —algunas veces con una ligereza aledaña a la culpa— al argumentar. En otras palabras: la teoría de la argumentación, además de ocuparse de la buena argumentación, también debe hacerlo de las falacias, entendiéndolas como enfermedades que algunas veces son perversamente inoculadas por el afán de triunfo y que otras veces se adquieren por inocente contagio, aunque siempre perjudiquen la eficacia y la validez tanto de las razones y como de los argumentos.

Este trabajo se ocupa precisamente de las falacias. En parte, de las falacias en general (porque, necesariamente, debo referirme a ellas), pero también de las que aparecen en el campo de lo jurídico, abarcando así tanto los discursos de los litigantes o del tribunal, como también a las discusiones que se dan en los escaños de la legislatura y los debates de los claustros académicos. Mi intención, en todo caso, es analizarlas desde la óptica de la teoría de la argumentación jurídica y no la teoría de la argumentación general (aunque, de nuevo, no pueda escapar a los conceptos que desde allí vienen), porque aquí es donde aparecen condiciones particulares, propias y específicas que llevan a conclusiones diferentes a las que se encontrarían, por ejemplo, si se las contextualizara en un debate moral. La idea de Alexy de considerar al discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico general (*id est*, del discurso moral), muestra aquí porqué solo es “un caso especial” y porqué esa especie resulta cercana a lo atípico.

Llegar a tales extremos requiere del desarrollo de algunas ideas y conceptos. Por eso me dedicaré, en primer lugar —y aunque sea someramente—, a distinguir las lógicas que “piensan” a los argumentos, a la caracterización de la teoría de la argumentación jurídica y a la índole y naturaleza de los argumentos jurídicos. Luego, avanzaré sobre el concepto tradicional de falacia y, específicamente, de falacia no formal, siguiendo los pasos de la metodología tradicional. En el paso siguiente resumiré las críticas que, siguiendo el camino mostrado por Charles L.

Hamblin, Trudy Govier, Maurice Finocchiaro, Lilian Bermejo Luque, Luis Vega Reñón y otros, se han formulado a esa concepción tradicional, las aporías que se presentan y los desajustes que muestra esta visión del problema. Al final, intentaré señalar las paradójales características que las falacias no formales exhiben en el derecho, y cómo lo que puede ser —o que es— criticable, malo o indeseable en un debate sobre cursos de acción (es decir, en un discurso práctico), resulta que en el ámbito de lo jurídico es querido, aceptado y reclamado. Es decir, voy a hablar de las falacias como principios virtuosos.

II. Las lógicas

Desde Aristóteles y hasta fines del siglo XIX, la lógica fue considerada como la encargada del estudio de la corrección del pensamiento humano y de establecer las reglas y principios que rigen el recto pensar, ocupándose de la estructura de los razonamientos (y los argumentos), de las conexiones existentes entre los elementos que los integran y de las relaciones que pudieran tener con otras formas de pensamiento en general. Se decía que entiende de las relaciones formales y constantes que se establecen entre proposiciones con determinado valor lógico —en razón de ese valor— o por causa de su particular estructura. La lógica (la lógica clásica) es, como quiere Alfredo Deaño, la ciencia de los principios de validez formal de la inferencia.

Pero no toda lógica es una lógica formal, con depuradas estructuras, reglas perfectamente perfiladas y signos definitivamente unívocos. La lógica, como también enseñó Deaño, es un vasto instrumento de exploración y análisis de otros marcos conceptuales. Por eso, junto a la lógica clásica (esa lógica apofántica, bivalente, asertórica y extensional), aparecen *otras* lógicas que, en virtud de las revisiones, apartamientos y resignificaciones que fueron haciéndose de los conceptos de la primera, se alejaron de sus características principales. Así ocurrió con las lógicas polivalentes, que ya no reconocían solo dos valores (verdadero-no verdadero) sino una multiplicidad de ellos, o con las lógicas modales, con la que las afirmaciones dejaron de ser puramente asertóricas, para sujetarse a modalidades (como ocurre con nuestra conocida lógica deóntica), o con la lógica de lo probable, etc. Hasta hay algo que se conoce, a partir de la obra de Howard Kahane, como “lógica informal” (3).

(3) La obra de Kahane, (*Logic and Contemporary Rhetoric: The Use of Reason in Everyday Life*), es del año 1971. No quiere esto decir que la lógica no formal sea de tan reciente aparición. Por el contrario, ya Aristóteles se había ocupado de ella —y de los razonamientos falaces— en “*Refutaciones sofísticas*”. Lo que es relativamente reciente es que hayan confluído, bajo este rótulo, los estudios sobre teoría de la comunicación y teoría de los juegos (en tanto dialógica), por un lado, y por otro, la nueva retórica, la tópica y la dialéctica, todo ello como facetas o enfoques de la lógica no formal. En algún momento, buena parte de su atención debió dirigirse al problema de las falacias.

Que una lógica sea considerada “informal” parece una curiosa *contradictio in adjecto*, ya que no podría pensarse una disciplina estructural que ignore, ni más ni menos, las estructuras. Sin embargo, la lógica informal ha adquirido singular importancia a lo largo de los últimos tiempos, asociada con la retórica, la dialéctica y la pragmática, y así transformarse en parte fundamental de la teoría de la argumentación. Es que, en tanto “lógica”, se dirige al estudio del pensamiento, pero ya no lo hace apuntando a las estructuras del mismo, sino que atiende a su contenido. En todo caso, quiere saber cómo ese pensamiento es manifestado mediante el lenguaje, cuándo es correcto, cómo se llega a determinadas conclusiones a partir de ciertos datos, de qué manera se expresan proposiciones y conceptos y cómo actúan sobre ellos ciertos operadores, etc. La lógica no formal desarrolla, pues, estándares, criterios y procedimientos flexibles y adaptables, que permiten analizar, interpretar y evaluar los argumentos que afloran en el discurso cotidiano. De allí que se la conozca también como “lógica del discurso natural”, apelativo que la coloca en franca oposición con el discurso formalizado, unívoco, estricto, etc., propio de “la otra” lógica.

Aunque no es mi objetivo detenerme en esto, debo hacer notar que, a influencia de estas *lógicas*, se ha propiciado una distinción entre “argumento” y “razonamiento”. En términos generales, los dos se asemejan, ya que cada cual resulta un conjunto de enunciados o proposiciones donde uno de ellos (la conclusión) puede ser inferido —desprendido, derivado, colegido, etc.— de otro u otros (las premisas). En otras palabras, ambos expresan —cada uno a su modo— una inferencia o proceso mental que nos lleva de cierta información dada a otra que resulta novedosa o que, al menos, no estaba antes explicitada. Este parecido se difuma en cuanto miramos la cuestión más de cerca. En tal sentido, cuando el lenguaje en que se han expresado las proposiciones (por su sintaxis, su semántica o por ambas) resulta apto para ser formalizado, cuando podemos asociar su estructura con alguna de las formas aceptadas por la lógica formal, cuando —para referirnos a la conclusión— usamos términos como “demostrada”, “evidenciada”, “comprobada”, “creadora de certeza absoluta” u otros similares, cuando predicamos del conjunto de enunciados su validez (por sujeción a ciertas reglas o a una figura ya preformada) o lo criticamos por su invalidez (por apartamiento de tales estructuras), etc., cuando hacemos cualquiera de estas cosas es lo más común que aceptemos estar en presencia de un *razonamiento*.

Inversamente, cuando las partes del discurso se ven afectadas para las imprecisiones propias del lenguaje natural y solo un proceso de purificación (a veces arduo) podría permitir alguna univocidad, cuando la enunciación no tiene una forma lógica reconocible, o es dispersa, anárquica, promiscua, desprolija, etc., cuando a la conclusión se la califica como “convinciente”, “creíble”, “probable”, etc., admitiendo la posibilidad de error, cuando verificamos la verdad de los juicios que

lo componen, o estudiamos la cadencia de los enunciados, la riqueza del vocabulario usado, la apelación a la memoria colectiva que contiene, la capacidad de obtener aceptación, etc., cuando ocurre de esta manera, denominamos a esa forma discursiva *argumento*.

Si se acepta tal diferenciación, los razonamientos resultan ser una particular especie del género de los argumentos, siendo capaces de conminar intelectualmente para que se acepte la conclusión que enuncian, o porque demuestran algo de una manera, en principio, irrevocable. De ellos se ocupa la lógica formal. Los argumentos, en cambio, son dados porque no se tienen razones tan fuertes como para someter racionalmente al otro y debe, entonces, recurrirse a un discurso que, eludiendo moldes y perfiles rígidos, pueda ser evaluado por su contenido y por su capacidad para provocar convencimiento. Y esto incumbe a la lógica informal.

Una advertencia más, sin duda fundamental: hay argumentos y razonamientos prácticos, que resultan de marcada importancia para lo jurídico. La argumentación práctica es aquella que se desarrolla para respaldar la solución que se propone a un problema que ha sido planteado y que requiere alguna forma de acción a llevarse a cabo, o para justificar la ejecución de un acto que ya tuvo lugar. La argumentación práctica nos entrega, en este sentido, razones para actuar. Los argumentos y razonamientos jurídicos, sea que se dirijan a respaldar el contenido de cierta norma, sea que pretendan justificar el contenido de un fallo (en tanto en ambos casos remiten al hacer humano) son argumentos y razonamientos prácticos.

III. La teoría de la argumentación y la teoría de la argumentación jurídica

La teoría de la argumentación pretende describir, caracterizar y sistematizar aquello que ha tomado como su objeto, a saber, los argumentos y la argumentación. Se ocupa tanto de los discursos argumentativos moleculares —los argumentos simples— como de los complejos —los discursos propiamente dichos, en tanto entramado de variadas razones con un sentido único y específico—, cumpliendo tres funciones: una, de neto corte analítico, estudia la estructura, elementos y funciones de cada una de las partes que componen un argumento, sea simple o complejo. La segunda, de índole directiva o normativa, entrega reglas para diferenciar los argumentos buenos de los malos, los válidos de los que no lo son, los convincentes de los ineptos, etc. (4). La última función es relativa a lo empírico: la teoría de la argumentación toma a su objeto de la realidad, lo redefine, aclara sus funciones y, una vez transformado, lo devuelve a esa realidad, para influir sobre la

(4) El objetivo final de estas líneas es, precisamente, la verificación de la existencia de argumentos incorrectos en el derecho, y su necesidad o su conveniencia.

forma en que la entendemos o actuamos dentro de ella (5). Esto —su interacción con la realidad—, debe subrayarse como una característica de suma importancia: como pocas, la teoría de la argumentación tiene un costado claramente pragmático por el cual lo que de ella se obtenga actúa como catalizador del proceso de producir razones para actuar.

Por otra parte, la actividad de argumentar (la argumentación propiamente dicha), aparece enturbiada por el equívoco al que precipita el término que la nombra. “Argumentación” es una de esas palabras que padece una ambigüedad del tipo proceso-producto, ya que puede ser considerada la técnica (o destreza, o arte, o proceso) de presentar y vincular afirmaciones de manera tal de obtener un resultado pretendidamente atractivo, válido y convincente; pero también puede servir para nombrar al conjunto (producto) de argumentos entrelazados y dirigidos hacia un fin específico (resolver una disputa o desacuerdo, sustentar o censurar una tesis, etc.) Una vez advertida —y superada— tal dualidad, podremos aceptar que la argumentación es una práctica lingüística (un acto de habla), que se ejerce ante una disputa, desacuerdo o conflicto, donde se exhiben los motivos que llevan a optar por una de las tesis en oposición —o por alguna modalidad de ellas—, y que permite tener por justificada la acción consecuente.

La teoría de la argumentación jurídica, a tenor de lo anterior, se ocupa de los argumentos jurídicos —simples o complejos—, de sus elementos y estructura, de cuándo resultan apropiados, válidos, correctos o convincentes, y de cómo afectan el diseño de alegatos, acusaciones o defensas judiciales, la redacción de sentencias, etc. Esto, aunque parezca simple, es engañoso. No bien se ingresa en la temática propia, queda uno frente a, por lo menos, un par de cuestiones de filosas aristas. La primera de ellas se da como una pregunta: ¿a qué llamar un “argumento jurídico”? Para decirlo de forma más precisa, ¿qué características —distintas de los argumentos comunes o generales— ha de presentar un argumento para que pueda ser incluido dentro de la clase de los argumentos jurídicos? La otra cuestión también puede presentarse con la forma de un interrogante: los criterios que son apropiados para juzgar la corrección de los argumentos comunes ¿lo son también cuando se trata de argumentos jurídicos?

(5) Manuel Atienza, en *Las razones del derecho*, refiriéndose estrictamente a la teoría de la argumentación jurídica, también le atribuye tres funciones: una primera, de carácter teórico o cognitivo (por sus contribuciones al desarrollo de otras disciplinas, jurídicas —la motivación de las sentencias— o no —la lingüística, la psicología cognitiva, etc.—); una segunda, de naturaleza práctica o técnica (referida a la producción, interpretación y aplicación del derecho); y una tercera, de carácter político o moral, que aunque parta de una crítica a los estados democráticos modernos, tenga como presupuesto último que se posible hacer justicia de acuerdo con el derecho.

Para el primer tema hay tres tipos de respuestas posibles, ninguna de ellas absolutamente convincente, pero con su parte apropiada y atendible cada una. Una primera indica que un argumento es jurídico en la medida en que ha sido producto de la actividad racional de cierto individuo (un juez, un legislador, un operador del derecho, etc.) que, al argumentar, lo ha hecho como parte de su actividad específica (dictar una sentencia, defender un proyecto de ley, ejercer una defensa o formular una acusación). La siguiente respuesta ya no mira al sujeto que argumenta, sino a los elementos del proceso argumentativo; en este sentido, un argumento es jurídico cuando, entre las proposiciones que lo conforman, existe al menos una que se refiere (o se relaciona) con una norma jurídica. El tercer tipo de respuesta se refiere a los efectos específicos del argumento: será jurídico cuando la conclusión a que se arribe resulte ser una forma de mandato (6) cuyo incumplimiento se vea amenazado con el posible uso de la coerción.

Es dable advertir que en cada una de estas respuestas aparece un flanco expuesto a la crítica; sin embargo, un intento conciliador y sincrético entre todas permite, cuando menos, hacernos de una idea bastante aproximada del tipo de argumento que es manejado en el derecho a partir de las notas propias de cada una, a saber, la autoridad, la normatividad y la coercibilidad.

La segunda cuestión es la referida a si las reglas de inferencia comunes son aplicables al pensar jurídico, y aquí aparecen más diferencias. En primer lugar, ha de pensarse en la muy variada naturaleza que presentan las proposiciones que conforman un discurso jurídico. En él se entrelazan prescripciones, presunciones, ficciones, máximas de experiencia, reglas procesales, etc., que solo después de un detenido proceso de purificación y reasignación de significados pueden ser consideradas enunciados del tipo de los definidos por la lógica clásica proposicional. Luego, y no menos importante, el proceso inferencial (que relaciona válidamente a las premisas con la conclusión) se halla acá regulado por elementos que no son específicamente lógicos, tales como estándares probatorios originados en la política (por ejemplo: qué ha de tenerse por probado y con qué tipo de prueba), pautas interpretativas con sustento ideológico (qué sentido debe atribuirse a una norma en consonancia con lo que normas cruciales del sistema disponen), criterios de resolución de conflictos normativos o de falencias del sistema que irrespetan reglas lógicas (*lex posterior derogat prior*; prohibición de *non liquet*; etc.), entre otros.

En resumen: la teoría de la argumentación jurídica (aunque es parte de la más amplia teoría de la argumentación, con la que —sin duda— comparte algunas

(6) Llamaré “mandato” a aquel que establece que algo debe ser hecho, o no debe ser hecho, o es optativo y tal elección no puede ser impedida ni acarrear ningún tipo de consecuencia.

características) se ocupa de un tipo de argumentación que tiene notas y contornos propios y que requiere de una diferente conceptualización: las proposiciones que conforman el discurso argumentativo jurídico y la particular forma de inferir que se da en estos supuestos (con sujeción a reglas que se apartan de la lógica tradicional) deben ser objeto de un estudio separado. Y dentro de los objetos propios de ese estudio está, con una relevancia propia, la cuestión de las falacias.

IV. Las falacias

IV.1. Concepto y enfoque tradicionales

Arribamos ahora a lo medular de esta contribución. Qué cosa sean las falacias, cómo afectan a los discursos argumentativos —simples o complejos—, si la teoría de la argumentación es la que debe ocuparse de esta problemática o si debe construirse una teoría específica de las falacias, etc., son cuestiones que deben ser analizadas como previas a ingresar a mi objetivo principal, que es el de cómo las falacias específicas afectan a los discursos argumentativos jurídicos, cómo influyen en la toma de decisiones y de dónde viene su necesidad para el mundo del derecho.

Dentro de la teoría general de la argumentación, una parte sustancial es ocupada por el estudio de las falacias argumentativas (la erística, de Schopenhauer), en tanto ellas son falencias, trampas o tretas que deben ser evitadas y denunciadas por la salubridad de los razonamientos y los discursos argumentativos. La teoría específica de las falacias aparece así como un subproducto de la teoría de la argumentación, que crece en línea con ella y con la que intercambia conceptos de manera de nutrirse mutuamente, sin perjuicio de que cada una tenga funciones propias y diferenciadas. Para decirlo de otra forma: la teoría de la argumentación se ocupa de evaluar, reconstruir e interpretar los argumentos, de manera de juzgar no solo su validez, sino también la posibilidad de que provoquen el convencimiento o la persuasión; la teoría de las falacias, en cambio, es su contracara ya que se encarga del análisis de los yerros en que se puede caer y de los engaños que fueran provocados, de si los mismos pueden afectar la validez o la eficacia argumentativa del discurso, o cómo, usados deslealmente, permitirían obtener el triunfo en un debate o una decorosa defensa de proposiciones insólitas.

A los fines de la caracterización de las falacias conviene desbrozar el camino de algunas nociones erradas. En tal sentido, no debe asociarse la idea de falacia con las de falsedad o falsía, como tampoco debe equiparársela necesariamente con las de trampa o embuste. En el primer caso, se considera inapropiado evaluar a un razonamiento o a un argumento como verdadero o falso, ya que esta calificación solo puede referirse (al menos en la lógica proposicional binaria) a las proposiciones. Así, que algo resulte falso no quiere decir que sea falaz (aunque pueda haber

cierta relación entre la falsedad de una proposición y alguna falacia). Debemos aceptar, entonces, que las falacias son afecciones que padecen los razonamientos y los argumentos, y no las proposiciones que actúan como premisas o conclusión de los mismos.

Tampoco lo falaz está directamente relacionado con la mala intención de quien argumenta, ni con la celada en que se intenta hacer caer al adversario; como más adelante se verá, se puede incurrir en falacias por inadvertencia, por torpeza no culpable, por apresuramiento o por falta de conocimiento. En todo caso y como luego se verá la presencia de mala fe (o la ausencia de la misma) en quien esgrime el argumento permitirá distinguir algunas especies de falacias (distinción que también tiene sus efectos en el mundo de lo jurídico).

De igual manera, no podrá aceptarse, ya visto desde la faz pragmática de la teoría de la argumentación, que una falacia sea, por sus efectos, un argumento o un razonamiento no convincente o refutable. Las razones por las cuales un argumento o un razonamiento resultan infructuosos a la hora de persuadir a cierto auditorio no necesariamente están relacionadas con las falacias: un razonamiento puede resultar inobjetable desde el punto de vista de su construcción y no atraer la atención ni recibir la adhesión de aquellos a quienes va dirigido, en razón de, por ejemplo, su falta de atractivo, la liviandad con que fue expuesto, la poca ductilidad del expositor, la existencia de contraargumentos, los flancos expuestos a la crítica, etc. (7) Por el contrario, para referirme a las falacias —al menos en el contexto de este trabajo— consideraré como una de sus características distintivas la de generar, al menos hasta un serio y profundo análisis posterior, una suerte de atractivo, de primera aceptación, de asentimiento inicial, etc.

La típica definición de falacia es heredada de Aristóteles. Se trata de un razonamiento o argumentación que no es genuino (es decir, que es un silogismo fallido) pero que parece que lo fuera (8). Tal concepto nos hace sospechar que algo ha ingresado indebidamente en el proceso inferencial, viciando el pasaje de las premisas a la conclusión, o que algún elemento espurio se ha introducido en el

(7) Obsérvese que no me refiero a los casos en que un argumento pueda ser formalmente válido, pero estar constituido por premisas y conclusión falsas. En “*todos los gatos son violetas; el elenfatito Dumbo es un gato; luego, Dumbo es violeta*”, la forma es válida, pero la convicción que pueda generar es nula.

(8) Es la idea que aparece, expresada en distintas formas, en las *Refutaciones sofísticas*. Véase el “Archivo Histórico de Textos, I. Falacias”, en la Revista Iberoamericana de Argumentación, recopilación efectuada por Luis Vega Reñón. Kant, que descreía de los progresos de la lógica después de Aristóteles, llama ‘*fallacia*’ a los ratiocinios delusorios, diciendo de ellos que son falsos en cuanto a la forma, aunque parezcan legítimos.

discurso provocando la infracción de una ley lógica, y que ello dio como resultado que lo afirmado como tesis no tiene respaldo en las premisas que debían avalarla.

Contemporáneamente se han añadido —de una manera que no implica superación del concepto aristotélico— dos notas más: por un lado, el error que invalida el argumento o el razonamiento ha de ser un error solapado, insidioso u oculto, de manera que el discurso, aunque sea inválido, no lo evidencie a simple vista. Este plus de disimulo remite a la nota más insidiosa que aparejan las falacias, a saber, el hecho de que, en manos de un experto, se pueden generar situaciones de absoluta inequidad o desembocar en un absurdo descomunal. La segunda nota remite a otro aspecto: a pesar de ser incorrectos o inválidos, los razonamientos o argumentos falaces resultan ser psicológicamente persuasivos (9), con lo que se quiere decir que, aun cuando la falacia sea desenmascarada o advertida con cierta facilidad (piénsese en una elemental falacia *ad populum*), no por ello deja de provocar algún grado de convencimiento o, al menos, de generar un impulso en dirección al reconocimiento y aceptación de la conclusión propuesta.

En definitiva, el concepto más aceptado de falacia, hasta mediados del siglo pasado, se integraba por los siguientes cuatro elementos:

- 1) es un razonamiento o un argumento,
- 2) que es incorrecto o inválido,
- 3) pero que no lo parece, y
- 4) que, además, está dotado de cierta fuerza persuasiva.

Desde ya anticipo que hay otras conceptualizaciones, más cercanas a la dialéctica y la dialógica, como la de Douglas Walton, para quien se trata de actos lingüísticos que rompen las reglas de un diálogo en el que se pactó un intercambio de razones; otras más relacionadas con la pragmática, como la de Juan Manuel Comesaña, que las define como una maniobra verbal destinada a conseguir que alguien acepte una afirmación u obedezca una orden por motivos que no son buenas razones; y otras amplias y realistas, como la de Trudy Govier, que las considera un error de razonamiento ocurrido con suficiente frecuencia como para darle un nombre (10).

Desde luego hay otras definiciones, aproximadamente parecidas, aunque varíe la fuerza retórica del mensaje. Por ejemplo: “una falacia es un argumento tan

(9) Entre muchos, Dehesa Dávila (ver Bibliografía).

(10) En esta autora reúno a muchos exponentes de la escuela canadiense de lógica informal.

convinciente que parece ser válido”, es una fórmula donde prevalece lo psicológico por sobre lo lógico-formal. En esta otra, “una falacia es un argumento convincente, sin que importa su validez”, lo lógico-formal se ve por completo desplazado y toda la atención recae en la capacidad de generar convicción. Y hay una más, casi callejera, que nos asesta su dureza elemental y pragmática: “será inválido, pero sirve”.

IV.2. Clases

La faz analítica de la teoría de la argumentación (con su correlato en la teoría de las falacias), acepta la distinción de dos grandes grupos de falacias: las formales y las no formales. En las primeras, hay una clara afectación de la validez del argumento o razonamiento de que se trate, por ocurrir la violación de una ley lógica, es decir, por exhibir una estructura que no se considera una forma lógica válida, aunque —en los hechos— pueda asemejarse a alguna que sí lo sea. Por ejemplo, la falacia de afirmación del consecuente es parecida hasta el grado de asimilarse con la regla de inferencia válida llamada *modus ponens* (o *modus ponendo ponens*).

Las falacias formales pueden afectar —remito acá a la distinción propuesta al comienzo— tanto a los razonamientos como a los argumentos, aunque se ve más claramente cómo ello ocurre en los primeros, porque en este caso no es necesario considerar su contenido, bastando el análisis de su estructura para advertir que ocurre aquella infracción lógica. Luego, al ser la lógica formal la encargada de denunciar el error estructural invalidante de la forma del razonamiento de que se trate, a ella corresponde demostrar —y lo hace de una vez y para siempre— su incorrección. Hecho esto, la estructura respectiva queda definitivamente abolida como inferencia válida.

Esto que sucede con los razonamientos (si tienen una forma impropia o falaz, sin importar cuál sea el contenido, puede censurárselos de inmediato, por la sola verificación de la invalidez de su forma), no ocurre cuando de los argumentos se trata. Según dije al principio, he reservado el término “argumento” para aquellos casos en que se trate de una inferencia donde se usa el lenguaje natural, que no aspira ni es apto para una formalización, y donde las conclusiones resultan más o menos convincentes, probables o plausibles. En los argumentos se evalúa el contenido que puedan tener, la habilidad con que han sido presentados, el efecto que producen sobre aquellos a quienes se dirigen, etc. Por supuesto, esto no los exime de que se vean afectados por las falacias, pero será ya de otro tipo de falacias a las que se llama falacias no formales.

En las falacias no formales sucede que lo que se afirma en las premisas, aunque a primera vista pudiera parecernos atendible para respaldar una conclusión,

por un análisis posterior resulta insuficiente a tales fines. Esto puede ocurrir por muchas razones, desde las que provienen de la actitud aviesa de parte de quien manifiesta el argumento, hasta el hecho de que el proceso inferencial (el pasaje desde las premisas a la conclusión) aparezca forzado, antinatural o artificioso. De la identificación de estas falacias no formales se ocupa especialmente la lógica informal, con la ayuda de otras disciplinas como las ciencias de la comunicación o la psicología. Sin embargo, el hecho de detectar una falacia y de denunciar la intención que a ella subyace, por más puntillosa que sea esta labor, no basta para derrotarla definitivamente. Puesto que al tratar los argumentos se atiende al contenido, y desde que las materias sobre las que puede versar un argumento resultan poco menos que infinitas, las falacias no formales se presentan de las más diversas formas y dan en aparecer en cualquiera sea la materia de que se trate.

Es usual hacer otro distingo, dentro de las falacias no formales, según el cual se reconocen sofismas y paralogismos. El sofisma ocurre cuando quien debe argumentar, a sabiendas, instrumenta un discurso falaz, por cualquier razón que lo haga. Hay mala fe en la construcción de su discurso, hay una instigación malévola al error, hay una calculada celada que se tiende para que el adversario se precipite en ella. Tal cosa no ocurre en el paralogismo. El paralogismo es un argumento falaz que, como tal, pretende ser legítimo, pero no ha habido de parte de quien lo formuló la intención de sorprender, engañar o trampear. En el sofisma hay intención solapada, voluntad fraudulenta o alguna forma de afectación de la buena fe; en el paralogismo hay culpa, ligereza, error de expresión, apresuramiento, etc. Con el sofisma pretendo engañar al otro; con el paralogismo me he engañado yo mismo (11).

En el derecho práctico esta distinción no ha sido puesta de manifiesto suficientemente; sin embargo, tiene su importancia en temas aparentemente baladíes como son los intentos de mediación, transacción o conciliación, o cuando se denuncia una infracción a la teoría de los propios actos. Los códigos procesales civiles, en general (12), repudian cualquier intento de afectar la lealtad y buena fe que deben regir en el proceso, imponiendo sanciones a quienes lleven a cabo actos desleales hacia la otra parte o el propio tribunal, o aprovechen ventajas indebidas, o violen (en el caso de los abogados) las normas de ética en el ejercicio profesional. Las afirmaciones falsas, los énfasis provocativos, los ataques desmedidos y, por supuesto,

(11) Sutil y acertada anotación de Kant en su *Lógica* (o *Manual de lecciones de lógica*) que contrasta con lo elemental de otras definiciones de una obra (para ser suya) menor.

(12) En la provincia de Buenos Aires ocurre en el artículo 45 del Código Procesal Civil y Comercial, que autoriza al juez a imponer multas a los abogados y/o a las partes que ellos representen o patrocinen, cuando la conducta que asumiesen durante el pleito fuera maliciosa (intento de entorpecer la buena marcha del proceso) o temeraria (conducta que se lleva adelante a pesar de tener conciencia de la sinrazón de la misma). Lo propio ocurre con el Código Procesal de la Nación.

el empleo de falacias que se saben tales (es decir, sofismas), son ejemplos comunes de las infracciones constitutivas de la temeridad y malicia procesales.

IV.3. Metodología con que se las ha abordado

Como anticipé más arriba, buena cantidad de los autores que han estudiado el tema desde los años setenta del siglo pasado han denunciado la ausencia de una teoría de las falacias debidamente elaborada, acorde con los avances de la teoría de la argumentación (13). Su estudio, a pesar de tratarse de un tema grave, capaz de afectar la eficacia de cualquier discurso con pretensión de racionalidad, se ha visto reducido a unos pocos pasos más bien elementales.

A riesgo de resultar un poco caricaturesco diré que los estudios sobre las falacias no formales se han limitado más o menos los mismos pasos:

1) Se identifica una falacia según la definición más clásica (argumento que parece válido pero no lo es) y se la bautiza con un nombre en un latín macarrónico, precedida de la preposición (también latina) *ad*. Para estos casos “*ad*” tiene el sentido de “dirigido a (...)” o “dirigido contra (...)”. Así, la falacia *ad hominen* es la que va dirigida contra el hombre (el oponente) que propuso cierta idea, acusándolo de algo como si el vicio que se le endilga desvirtuara su postura.

2) Se formula una breve caracterización de la falacia (apenas poco más de una noción), en el mejor de los casos señalando su relación con otra u otras falacias, más o menos afines.

3) Por último, se expone una buena cantidad de ejemplos, bien llamativos y, de ser posible, humorísticos. Este recurso es usado, tal vez, con el afán de presentar el problema de las falacias como algo simple, grueso, fácil de superar, aun en el grado escolar. Lo que se ha logrado es el resultado inverso. Maurice Finocchiaro, entre otros, ha criticado la excesiva artificiosidad de los ejemplos que se presentan en los libros de lógica para ilustrar las falacias y ha cuestionado la seriedad con la que la temática ha sido tratada.

Permítaseme un ejemplo: se nos dice que la falacia *ad misericordiam* (o “dirigida a la piedad”) es aquella por la que se apela a la emotividad —y no a la racionalidad— para que una conclusión sea aceptada; que con ella se pretende despertar la empatía, la afectividad, la piedad, etc., para así lograr la adhesión a una tesis que, en realidad, se halla huérfana de razones que la respalden; que se trata de una

(13) Hamblin afirma que no tenemos en absoluto una teoría de las falacias en el sentido en que tenemos teorías del razonamiento o de la inferencia correcta (*Fallacies*, Newport News (VA): Vale Press, 2004, reimp., p. 11, citado por Luis Vega Reñón, en *Las falacias. Una introducción*).

falacia que presenta cierto parecido (un aire de familia) con la falacia *ad populum* (“dirigida al pueblo”), o con la *ignoratio elenchi* (“conclusión inconexa”), etc. Inmediatamente se nos propina un ejemplo fácil de recordar: incurrió en la falacia *ad misericordiam* el sujeto juzgado por matar a sus padres y, al momento de pronunciarse la sentencia, pidió piedad por ser huérfano (Copi, 1995, p. 89)(14). Y con ello se termina el análisis de la cuestión.

En definitiva: el estudio de las falacias no formales se ha visto reducido a la enumeración de ejemplos de argumentaciones falaces, bautizando algunas (las más conocidas) y mostrando alguna conexión que puedan tener entre sí, conexión que, seriamente analizada, no pasa de ser una variación de lo mismo o alguna forzada relación de género a especie. Lilian Bermejo Luque y otros han urgido sobre la necesidad de formular una teoría de las falacias que resulte una auténtica teoría de evaluación de argumentos reales, que responda no solo a preguntas como “¿es correcto este argumento?”, más cercana a la lógica formal, sino también a otras del tipo “¿debo creer en la conclusión que se propone?”, o “¿debo dejarme persuadir, y actuar en consecuencia?”. La falta de respuesta a estas preguntas basta para mostrar que queda mucho por recorrer en este camino.

Desde luego que también hay quienes sostienen que no existen tales falacias no formales (por ejemplo, Finocchiaro, para quien solo se trata de un error común y característico). A estos habría que recordarles lo que —según dicen— Baudelaire afirmó: la mayor astucia del demonio es hacernos creer que no existe; y advertirles que con las falacias ocurre algo similar: la mayor falacia de todas es hacernos creer que las falacias son cuestiones simples, argumentos mal formados que —una vez que son identificados— quedan conjurados y pierden toda su potencialidad destructiva para los operadores y todo interés para los académicos. Lo falaz de las falacias es que tras ellas hay algo más, algo solapado, profundo y malévolo: el obstruccionismo, la creación de contextos engañosos, el oportunismo de usufructuar una posición, la construcción de una situación mental en el otro favorecida por sus falencias y debilidades... todas estas son maniobras falaces. La buena fe es un presupuesto básico de la comunicación; la falacia es lo que lo agrede de una manera seria, sin que apenas se note.

IV.4. Algunos ejemplos (y cómo desdican el enfoque tradicional)

Presento ahora algunos ejemplos de falacias no formales. La excusa para ello no es tanto aclarar o desarrollar los conceptos anteriores como, en lo inmediato, formular una crítica al concepto más conocido de falacia y a la metodología con

(14) En el mismo lugar se cita un ejemplo mucho más serio: el discurso que, según Platón, hubo de pronunciar Sócrates en su defensa, durante el juicio que terminaría con su condena a muerte.

que siempre se ha tratado el tema, y —en lo mediato— preparar el camino para la apreciación de lo que ocurre en el campo de lo jurídico cuando aparecen estas violaciones de la ética y de la lógica de los discursos (15).

Empiezo por advertir que ha sido identificada una multitud de falacias no formales, más o menos frecuentes, más o menos insidiosas. Las trece que registró Aristóteles se han visto aumentadas desde su época, llegando a conocimiento de Copi un catálogo que contiene ciento doce (pero que podrían ser más) (1995, p. 82). Evidentemente no voy a analizar sino una mínima parte, reduciéndome a dar un concepto de aquellas a las que, luego, asignaré especial significación por su influencia o uso habitual en los discursos jurídicos.

Pueden encontrarse:

- a) La falacia *ad baculum*, en la que la fuerza de la razón es desalojada por la fuerza pura y bruta. La articulación de argumentos, en un discurso donde las proposiciones han de encadenarse de manera de mostrar una estructura destinada a generar el convencimiento, tal exigencia se reemplaza por la amenaza, solapada o no, de sufrir consecuencias desagradables para el caso de no aceptarse la tesis expuesta (16).
- b) La falacia *ad hominem*, según se adelantó, omite toda consideración sobre las razones o argumentos del antagonista y, en vez de intentar refutarlos, se dirige contra su persona, como si la corrección de lo dicho se desvirtuara por sus condiciones o características propias (17).
- c) La falacia *ad ignorantiam* ocurre cuando se pretende que una proposición es verdadera, o que un discurso debe ser aceptado, porque no pudo probarse la verdad de la proposición opuesta o del discurso inverso (18).

(15) Las falacias formales (la de afirmación del consecuente, la de negación del antecedente, la de ambigüedad del silogismo disyuntivo, etc.) no son tratadas en ese artículo. En todo caso, habría que partir de un encuadre diferente a aquel desde el cual se analizan las falacias jurídicas en el presente, y aceptar, por ejemplo, que el discurso argumentativo llamado sentencia tiene la forma de un silogismo y está sujeto a sus reglas.

(16) El ejemplo que trae Copi se ubica en la conferencia de Yalta donde, después de una discusión sobre los rumbos de la guerra luego del desembarco aliado en Normandía, alguno de los concurrentes quiso saber la opinión del Papa (Pío XII, por esa época). Se dice que Stalin cerró toda discusión preguntando “¿Cuántos tanques está dispuesto a arriesgar el Papa?”, elíptica forma de decir: “yo pondré más tanques; luego, yo tengo razón”.

(17) Según un libro famoso, el asteroide B 612 fue descubierto por un astrónomo turco que expuso su hallazgo ante un Congreso Internacional en 1909. Su descubrimiento fue considerado carente de fundamentos válidos porque vestía a la manera otomana.

(18) Elemental, y repetido hasta el cansancio, nunca puede dejar de citarse: “Como no podés darme pruebas de la inexistencia de Dios, debo concluir en su existencia”.

- d) La falacia *ad verecundiam* remite a la invocación de una autoridad supuesta. Otra vez ocurre lo mismo: hay un escamoteo de la obligación de suministrar razones que avalen la tesis esgrimida (más allá de que tal tesis sea o no correcta) suplida por la autenticación que de la misma se hace por parte de alguien que tiene cierta fama, reconocimiento o popularidad (19).
- e) La falacia *petitio principii* (o petición de principios) ya había sido reconocida por Aristóteles. Consiste en postular como conclusión bien respaldada a aquello que no es más que una repetición (convenientemente disimulada) de lo anticipado en las premisas (20).
- f) La falacia de la pregunta compleja tiene un nombre falaz, ya que no se trata de una pregunta sino de varias, formuladas de manera que parecen una única. En este caso, se descuenta que alguna de esas preguntas ha de tener determinada respuesta (en realidad, se da por supuesto algo que debía ser demostrado) y ello no puede sino provocar un reconocimiento de la procedencia, aceptabilidad o verdad de otra u otras de las cuestiones (21).
- g) La falacia de accidente (*dicto simpliciter*) ha sido considerada como una de las más capciosas y traicioneras (22). Según esta, se arguye que las reglas generales de probada utilidad, conveniencia o justicia para un caso general, deben ser siempre aplicadas, a despecho de que en algún caso particular se presenten circunstancias que las hagan inaplicables (23).
- h) La falacia *tu quoque* (debiera traducirse como *tú también*, pero entre nosotros mejor sería “*y vos, más*”) es usada para devolver (aumentada) una acusación del oponente a modo de respaldo de la propia postura. En realidad, se pretende que quien afirma algo como correcto, debe él mismo

(19) En estos casos, generalmente, se ponen ejemplos que ridiculizan a la presunta autoridad y encierran a su respecto una crítica afilada: “Maduro es un gran gobernante, según lo afirma Diego Maradona”, o “La raíz cuadrada de 2 es siempre un número irracional, tal como lo dijo el presidente Trump”.

(20) Recurramos al propio Aristóteles: “Yo digo siempre la verdad; de ahí, que nunca miento”.

(21) Al preguntarse “¿Está usted de acuerdo con el confuso criterio usado por Kant para distinguir el derecho de la moral?” se tiende una trampa: una respuesta afirmativa puede interpretarse como que, al ser confuso, el criterio es inútil. Pero la misma respuesta afirmativa puede entenderse como que Kant distinguió, para siempre y sin objeción posible, el derecho de la moral.

(22) Copi cita aquí (1995, p. 93) al filósofo inglés Horace W. B. Joseph: “no hay falacia más insidiosa que la de tratar un enunciado que en muchos aspectos no es engañoso como si fuera siempre verdadero y sin reservas”.

(23) En este caso el ejemplo humorístico dice: “Cortar a las personas con un cuchillo es criminal. Los cirujanos lo hacen todos los días. Por tanto, son criminales”.

comportarse de acuerdo a ello, como si no bastara el acierto de la propuesta, sino que además debiera defenderse con el ejemplo (24).

- i) La falacia de causa falsa tiene varias formas: a veces, es confundir la idea de causalidad (para decirlo rápidamente: relación por la que un hecho provoca la ocurrencia de otro) con la simple correlación o secuencia temporal; otras veces, es mezclar los conceptos de causa y efecto de manera de atribuirles inversas propiedades (25).
- j) La falacia *ad silentium* se comete cuando se piensa que la inexistencia de réplica a cierta tesis autoriza a suponer su corrección (26). Esto resulta claramente inadmisibile desde el punto de vista de la racionalidad.

(Podría continuarse la enumeración, pero con estas —y otras, sobre las que luego me detendré apenas— creo que alcanza para respaldar las tesis que enseguida expongo).

Pues bien: he admitido que una falacia es un argumento que parece válido pero que no lo es, a pesar de lo cual es capaz de generar cierta aceptación o convencimiento. Aceptando esto, y dirigiendo la mirada hacia los ejemplos anteriores, no puedo dejar de advertir algunas cosas que podrían asimilarse a inconsistencias, incongruencias, o simples errores que me llevan a sospechar que el concepto de falacia dado debe ser cambiado, o que deben cambiarse muchos de los ejemplos considerados buenos hasta la fecha, porque no se ajustan a aquella definición.

Tomemos el conocido caso de la falacia *petitio principii*. Es cierto que es un argumento donde un concepto es repetido (generalmente con otras palabras) tanto en las premisas como en la conclusión, y que ello puede no ser útil. Se podrá decir que se trata de un razonamiento vacuo, inútil, estéril, sobreabundante, superfluo, etc. Se podrá decir, con Perelman y Olbrechts-Tyteca, que constituye una falta a la dignidad retórica. Se podrá decir, con Casals Carro, que resulta la impostura de un dogmático del más alto grado. Pero no se podrá decir que no sea válido; lo es, por aplicación del elemental principio de identidad. Algo similar ocurre con la falacia

(24) Muchos hemos desoído una advertencia médica, porque el propio profesional no la sigue (“por qué voy a dejar de fumar, si él fuma”). La contracara sería la enseñanza popular: “Haz lo que el cura dice, y no lo que el cura hace”.

(25) Más ejemplos conocidos: en “He escuchado muchas veces cantar a un gallo e inmediatamente he visto salir el sol; luego, que cante el gallo provoca la salida del sol” se equivoca la causa. En “los hospitales hacen mal a la salud porque la mayoría de la gente que encontramos en ellos está enferma” la confusión entre una cosa y otra es evidente.

(26) “La omisión por parte de Borges de toda consideración sobre la obra de García Márquez debe interpretarse como que no lo había leído o que lo consideraba un autor menor” sería un ejemplo, incorrecto, pero ejemplo al fin.

de falso dilema, donde se presentan dos soluciones como únicas opciones posibles ante cierta situación, omitiendo la posibilidad de que existen otras. Es cierto que, una vez advertidas esas otras soluciones, el argumento será débil y fácil de refutar, pero no por ello hay una infracción a las reglas de inferencia válidas. Trudy Govier agrega aquí la falacia del hombre de paja.

Tenemos así algo que ya habían anticipado Hamblin y otros autores: lo que hace que un argumento o un razonamiento sean una falacia no necesariamente tiene que ver con la cuestión de su validez formal.

Por otra parte, los ejemplos con que se ilustran las falacias no parecen muy afortunados, o necesitan imperiosamente ser reconfigurados para aparentar que se trata de argumentos. Obsérvese el caso de la falacia de la pregunta compleja: “¿ha dejado usted de pegarle a su esposa?”. Es un conocido ejemplo, pero ¿cuál es aquí el argumento o el razonamiento? ¿Dónde encontramos la derivación desde alguna o algunas proposiciones hacia otra? Ni siquiera hay en este caso una aserción que, para la lógica proposicional, pueda considerarse una auténtica proposición. Esto es el botón de la muestra, pero abundan ejemplos de pretendidos argumentos falaces que, en realidad, no son falaces porque no son argumentos (27). Y, anticipo, tampoco son entimemas; son lisa y llanamente preguntas o afirmaciones aisladas, sueltas, sin relación con alguna otra que permita llevar a cabo algún proceso de inferencia racional.

Por supuesto también están los ejemplos incorrectos: considerar que hay una falacia *ad verecundiam* por remitir a las enseñanzas de Sebastián Soler respecto del derecho penal no es una falacia, porque para que exista tal falla debe invocarse a alguien que posee cierta fama en alguna materia por completo ajena a la cuestión de que se trate (y con Soler no es el caso). De la misma manera, cuando se usa como argumento de peso la opinión de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, expresada en alguna de sus sentencias, referida a una cuestión esencial debatida en el caso, no hay tal falacia. La propia ley procesal bonaerense establece la fuerza vinculante de los precedentes del máximo tribunal, y reclama su acatamiento por parte de los magistrados de las instancias inferiores.

Y, por fin, hay ejemplos claramente errados: sostener que la afirmación “*toda clasificación es arbitraria y conjetural*” es una falacia de generalización apresurada (probablemente favorecida por una apresurada lectura del adjetivo inicial), es una equivocación evidente.

(27) Una investigación interesante podría plantear la cuestión de si solo los argumentos o los razonamientos pueden ser falaces, o también pueden serlo ciertas situaciones o comportamientos que no son, en sí mismos, ni argumentos ni razonamientos, pero que llevan al otro a que su obrar sea dirigido por razones incongruentes o inadecuadas.

En definitiva: lo que he intentado es mostrar que la metodología con que se ha abordado la cuestión de las falacias no formales (es decir, de aquellas que afectan los discursos naturales) lleva a desconfiar del concepto que de falacia ha sido usado, o bien reclama una imperiosa revisión de esta elemental teoría de las falacias con que hasta ahora nos hemos manejado, debiendo producirse una que esté a la altura, al menos, de los avances y conquistas que, en los últimos tiempos, han tenido tanto la teoría general de la argumentación como la teoría de la comunicación. No estaría mal empezar por plantearse si la cuestión de las falacias no formales debe ser abordada exclusivamente desde la lógica (o desde la lógica no formal), o si debe ocurrir tal cosa desde un punto de vista más amplio, como podría ser el del intercambio dialéctico. Y esto porque la cuestión de las falacias es sencilla solo en apariencia: hay en su envés un aprovechamiento de la ignorancia, vulnerabilidad o inexperiencia del otro para guiar su pensamiento y su actuar mediante razones que, como dice Comesaña, no son buenas razones. Es decir, la cuestión de las falacias no debe verse solo como un problema lógico o comunicacional; tiene un costado que no debe ser ignorado, y tal es el costado ético.

V. Las falacias en el derecho

Más arriba (capítulo III) he aceptado que un razonamiento o un argumento son un razonamiento o un argumento jurídico en función de una combinación de factores: que sea pronunciado por un sujeto dotado de autoridad y en ejercicio de la misma, que esté constituido directa o indirectamente por normas jurídicas (en el sentido amplio), y que su conclusión se halle respaldada por (o relacionada con) alguna forma de coerción. Se acepte esta noción (o se proponga otra) la cuestión que inmediatamente se asoma es si los razonamientos o argumentos jurídicos pueden verse afectados por las falacias no formales; en su caso, en qué grado lo son, cuáles las consecuencias que tal cosa acarrea y, especialmente, si presentan características particulares que ameriten un tratamiento distinto o, llegado el caso, una concepción diferente de las falacias, solo útil en el mundo de lo jurídico.

Podemos introducirnos en el tema anticipando que, para el derecho, las falacias que son falacias, a veces no son falacias. O, para no parecer rebuscado, afirmar que las falacias, cuando aparecen en los argumentos jurídicos, generan extraños fenómenos. Por ejemplo: en la argumentación común o cotidiana, cuando una falacia es advertida y denunciada, quien haya incurrido en ella verá seriamente afectada su credibilidad (si fue intencionalmente planteada) o deberá renunciar a su tesis (si la ha planteado por apresuramiento, error o ingenuidad), pero en el derecho no ocurre lo mismo. En el derecho (sobre todo en la actividad cotidiana de los operadores jurídicos) mientras que algunas falacias son admitidas como ejercicios leales de posibilidades procesales, otras son entendidas como propias

de la naturaleza de las instituciones involucradas, y hasta las hay que son consideradas principios dignos de consideración.

Usemos como guía, para respaldar lo dicho, algunas de las falacias no formales presentadas como ejemplos en el capítulo inmediato anterior.

Lo que la lógica reconoce como falacia no formal *ad baculum* (o de apelación a la fuerza), por ejemplo, está íntimamente ligada la naturaleza del derecho. Una gran cantidad de normas jurídicas (y el derecho en general) no ofrecen razones que justifiquen el hecho de que ciertas conductas deban ser llevadas a cabo de manera obligatoria en tanto otras no pueden ser ejecutadas de ninguna manera. En todo caso, lo que se nos advierte es que si desobedecemos lo prescripto y hacemos lo que está prohibido, o si no hacemos lo que obligadamente debemos hacer, una consecuencia dañosa nos será deparada. Así, pues, no nos son entregadas (no quiere decir que no las haya) razones para que nuestro comportamiento se ajuste a lo que las normas dicen, sino que solo se nos advierte que se sancionará su desacato (28). La argumentación racional es desplazada por la amenaza de poner en marcha la maquinaria represora del Estado contra el infractor.

La falacia *ad hominen* está desaconsejada en cualquier discusión, y parece que nunca pudo ser de otro modo. Sin embargo, en la época borbónica, ocurría lo siguiente: el soberano era, ante todo, juez, y tenía una primordial potestad jurisdiccional y la administración de justicia era una facultad propia e inherente a su poder. El juez común (*el iudex perfectum*) resultaba su delegado personal, por privilegio expreso o concesión graciosa, y a él se trasmitían aquellos atributos. Cuando por decreto real de Carlos III se prohibió la fundamentación de los fallos (29), el valor de una sentencia se redujo al respaldo que provenía de la persona del magistrado. Y si alguien estaba desconforme con tal sentencia, no pudiendo rebatir sus inexistentes fundamentos, debía atacar a la persona del juez, sosteniendo que no representaba adecuadamente al rey. La falacia *ad hominen* estaba, en los hechos, admitida.

(28) Una concepción iusnaturalista aportaría, sin duda, un grupo de razones de orden moral según las cuales es justo y correcto que aquello que está prohibido deba estarlo y lo que ha sido declarado obligatorio deba serlo. Esto no quita nada a lo central de la tesis que expongo: no hay, en el ordenamiento jurídico, un muestrario de razones por las que las cosas deban ser como son; buscarlo es salirse del campo del derecho.

(29) Por real cédula del Rey Carlos III, el 13-VII-1778, que forma parte de la ley 8, del Título 56, del Libro de la Novísima Recopilación, se prohibía a la Audiencia de Mallorca y a todos los tribunales ordinarios, que fundaran o motivaran sus sentencias. Tres razones sustentaban la prohibición: a) despertar excesivas cavilaciones en los litigantes; b) consumir demasiado tiempo en pensarlas y escribirlas; y c) generar mayores costas.

En estos tiempos, cuestionar la credibilidad de un testigo tachándolo de dip-sómano, refutar las apreciaciones de un perito imputándole su falta de actualización, criticar por insincero a un absolvente ante sus respuestas a un pliego de posiciones, querer refutar la acusación de un fiscal tildándolo de tendencioso, impugnar el criterio de un juez acusándolo de estar influenciado por prejuicios o sesgos interpretativos, son otras tantas formas de incurrir en una falacia *ad hominen* y son, al mismo tiempo, moneda corriente en el tráfico tribunalicio, sin generar asombro alguno (30). Por supuesto que esto no debiera ocurrir y que se trata de claras falacias; sin embargo, es lo usual, lo cotidiano, lo aceptado y lo reconocido como válido, sea entre legisladores y jueces, sea entre abogados o funcionarios de cualquier estamento.

Relativo a lo anterior aparece esta paradójica cuestión: que algo sea debido o esté permitido por la sola circunstancia de que, en los hechos, suceda o se cumpla, es también una falacia (que no fue enlistada en su momento). Se la llama falacia naturalista y con ella se propone que todo aquello que ocurre normalmente, en el curso cotidiano de las cosas y sin influencias humanas ni voluntades interceptoras, debe ser considerado bueno, adecuado y exigible: la condición de ‘natural’ de una situación hace que sea considerada, por eso mismo, correcta. De esa manera se da un imposible y viciado salto desde lo que *es* hacia lo que *debe ser*, lo que —según los juristas positivistas—, debiera ser especialmente anatematizado en el campo del derecho. Sin embargo, ocurre algo curioso: las normas consuetudinarias, sin estar escritas ni haber sido promulgadas jamás, imponen ciertos comportamientos; ello ocurre porque se originan en las costumbres, y las costumbres son conductas que, de hecho, se repiten ante circunstancias similares. Cuando el legislador reconoce que los usos, prácticas y costumbres son vinculantes si las partes así lo establecen, o en caso de ausencia de otra norma, y siempre que no sean contrarios a derecho (31), no hace otra cosa que decirnos que la existencia de ciertos hechos repetidos por un largo período de la historia de un grupo, se transforman en derecho, de manera que el hiato entre “ser” y “deber” queda salvado, y la falacia naturalista no es tal en el campo del derecho.

Veamos otro ejemplo: ¿qué ocurriría si, exhibido un documento para su reconocimiento, o demandado el cumplimiento de una obligación o exigida la aceptación de la ocurrencia de ciertos hechos, el sujeto al que tales reclamos van dirigidos guardase silencio? Para la lógica (la formal o la no formal) no ocurriría nada, porque el hecho de guardar silencio no hace que los documentos sean auténticos,

(30) Achacar a un legislador, al tiempo de proponer u objetar una ley, su obsecuencia, su pusilanimidad o su conveniencia personal, es más de lo mismo, solo que en el ámbito legislativo.

(31) Tal regulación contenida en el artículo 1, *in fine*, del Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994)

ni que la obligación sea exigible, ni que la afirmación sobre los hechos resulte verdadera. Sin embargo, en el derecho es así: el refrán popular que asegura que “*el que calla, otorga*” resulta una norma jurídica positiva, contenida en los códigos de fondo y puntualmente respetada. Es más: los códigos procesales civiles y comerciales advierten que, al contestarse la demanda, el silencio, la respuesta evasiva o la negativa meramente general podrá estimarse como un reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran (32). En otras palabras, la falacia no formal *ad silentium*, contraria a toda racionalidad, no es una falacia para el derecho.

Tomemos otro caso: en la variante “*non causa pro causa*” de la falacia de falsa causa existe una confusión sobre qué cosa sea la causa eficiente de determinado fenómeno porque generalmente ambas —presunta causa y fenómeno— aparecen asociadas (algo así como que “*la inflación existe porque los comerciantes aumentan los precios*”). En el derecho, la cuestión de la causalidad y, más específicamente, de la causalidad adecuada es objeto de estudios y análisis tan profundos como controverbiales (33); sin embargo, no parece haber duda razonable sobre —por ejemplo— cómo funciona la teoría de la responsabilidad objetiva (34) (según la cual quien genera un riesgo para otros, haya o no culpa de su parte, deberá responder por los daños que provocó). La idea de causa física o natural es así trastocada, para hablarse de “causa jurídica” o “nexo causal”, y aseverar que ciertos hechos provocan determinada consecuencia, poniéndolos a ambos en relación, con total irrespeto a la ausencia de conexión natural entre ellos, es decir, consumando la falacia de falsa causa. Así y todo, lo dicho no es óbice para que se admitan y aprovechen las ideas de causalidad adecuada, responsabilidad objetiva, nexo causal, etc. en lo cotidiano del derecho y menos, como se advierte en las notas al pie, para darles un marco normativo.

La falacia llamada *dicto simpliciter*, o de accidente, es una falacia que se comete al aplicar, de manera impropia, una generalización a casos individuales. Ahora bien: las normas son, por definición, reglas generales establecidas para resolver una cantidad indefinida de casos de casos que tienen ciertas características relevantes en común. ¿Deben, entonces, ser aplicadas siempre y sin consideración de circunstancias especiales? ¿Los jueces están autorizados a no aplicar una regla

(32) Artículo 354, inc. 1º, primer párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de Buenos Aires. Tal precepto es idéntico al del artículo 356 del Código procesal Civil y Comercial de la Nación; disposiciones similares aparecen en el artículo 142 de la ley procesal de Santa Fe; en el artículo 161, II, 1, a) del código de Mendoza; en el artículo 192 del código de Córdoba, etc.

(33) La causalidad adecuada entre el hecho productor de un daño y las consecuencias dañosas del mismo es ahora requerida para que pueda reclamarse la reparación, conforme el artículo 1726 del Código Civil y Comercial.

(34) En la actualidad, consagrada en el artículo 1757 del CCiv. y Com.

general a un caso porque lo consideran especial, como lo hiciera *le bon judge* Magnaud? ¿O es que las normas solo prescriben *en principio* y lo que ellas mandan contiene excepciones implícitas, *id est*, resultan derrotables? (35) Por ejemplo: el juez, calendario en mano ¿puede excusar por su solo arbitrio el cumplimiento de un término de caducidad o de un plazo de prescripción? En otras palabras ¿puede el juez ingresar en el análisis de defensas (o argumentaciones) que una parte no produjo pero que son esenciales para la solución de un caso? ¿O deberá hacer pie en el mandato instaurado por el principio de congruencia e ignorar hechos relevantes, aplicando la regla general sin atender a la presencia de particularidades de ningún tipo? La falacia de accidente (mejor, de no reconocer el accidente) es, como ya se dijo, de las más pérfidas, sobre todo en el mundo del derecho. Los jueces no tienen otra opción que incurrir en ella porque así se lo imponen los deberes de la magistratura.

También es interesante ver cómo se comporta, en el campo del derecho, otra de las falacias no formales más reconocidas. Me refiero a la falacia *tu quoque* (o “tú también”, o “vos más”), a veces presentada como una variante de la falacia *ad hominem*. Sin embargo, no hay aquí una simple agresión a la persona del oponente, sino que se ofrece también una justificación (sin sustento, desde el punto de vista racional) de la propia tesis. Los ejemplos de esto aparecen a montones en el mundo de la política: la crítica que se haga desde el sector otrora gobernante a la nueva administración porque ha tomado alevosamente fondos públicos, puede ser contestada por los representantes del actual gobierno aseverando que ha sido para solventar los déficits terribles dejados como pesada herencia por las anteriores autoridades (es decir, la tesis “ustedes están robando” es replicada con “ustedes robaron antes”).

Aunque la invalidez de una argumentación de tal tipo sea evidente, nuestros códigos la admiten en dos formas muy parecidas, a través de las defensas que pueden oponerse en el caso de contratos con obligaciones recíprocas. En este caso una parte puede negarse al cumplimiento de su obligación mientras la otra no cumpla con la suya, o la cumpla totalmente. Se las conoce con su nombre romano:

(35) La derrotabilidad de las normas se relaciona con lo que se denomina, para los enunciados condicionales, refuerzo del antecedente; von Wright lo explica así: “Si ‘p’ por sí misma implica ‘q’, entonces la conjunción del antecedente (‘p’) con cualquier proposición diferente de él también implica ‘q’. La operación de pasar de ‘si p entonces q’ a ‘si p.r entonces q’ es denominada la operación del refuerzo del antecedente. Si ‘p’ por sí misma no implica ‘q’, el condicional que dice ‘si p entonces q’ se denomina derrotable. Un condicional derrotable no permite (de manera irrestricta) la operación de refuerzo del antecedente.” (Citado por Pablo Navarro y Jorge Rodríguez, en *Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas*, Rev. Isonomía, N° 13, México; octubre de 2000; p. 68).

exceptio non adimpleti contractus y *exceptio non rite adimpleti contractus* (36). Una vez más, lo que es una falacia argumentativa en términos lógicos, es admitido por el derecho como una defensa legítima.

Por fin (37), me he de detener en la falacia *ad ignorantiam*. En esta falacia se cae cuando se afirma que algo es verdadero (o correcto, o útil) porque no se ha podido demostrar que sea falso (o incorrecto, o inútil), o viceversa. Implica, entre otras cosas, acusar al oponente de no tener pruebas de lo contrario a aquello que ha sido afirmado. El ejemplo hartamente conocido y sobre el que prometí volver era: “*Como no podés darme pruebas de la inexistencia de Dios, debo concluir en su existencia*”. Como muestra el ejemplo, esta falacia campea en los casos en que una afirmación cualquiera resulte de imposible —o de muy dificultosa— confirmación, sea que se refiera a la existencia de hipotéticos dioses, de imaginarios extraterrestres, o se trate de la acusación de un fiscal, dirigida a un individuo a quien achaca un crimen atroz en circunstancias poco claras. Hay, como se advierte, un intento de revertir la carga de la prueba, quitándola de quien ha hecho la afirmación controversial y trasladándola hacia su contrario, que se ve ahora en la necesidad de demostrar su falsedad.

No hace falta mucho para comprender que el principio de inocencia, según el cual nadie puede ser considerado culpable y sancionado por el hecho delictivo que se le imputa a menos que haya quedado razonablemente probada su participación en tal hecho, es un ejemplo de falacia *ad ignorantiam*. Desde la humanización del derecho penal, con los grandes movimientos sociales y de derechos humanos en los países modernos, entre las cláusulas de sus respectivas constituciones aparece alguna que consagra, de alguna forma, el principio de inocencia, y hace que lo que para la lógica (formal o no formal) es una falacia, para las sociedades actuales es una garantía de seguridad personal. Es por esto que, más arriba, anticipé que las falacias, en el derecho, a veces se presentan como principios virtuosos.

VI. A modo de conclusión

He querido mostrar que la cuestión de las falacias no formales, tanto en cuestiones generales como cuando aparece en contextos jurídicos, ha quedado relegada

(36) Los artículos 1031 y 1032 del Código Civil y Comercial de la Nación autorizan, en caso de contratos bilaterales con obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo, a suspender (o tutelarlos preventivamente) el cumplimiento de la prestación debida hasta tanto la otra parte no cumpla, ya sea como acción o como excepción.

(37) Podrían analizarse otras falacias interesantes, como la de la *pendiente resbaladiza*, la *ad novitatem* (tan en boga en tiempos en que los principios parecen ser una panacea para resolver no solo los casos difíciles sino cualquier tipo de caso), *ad antiquitatem* (o recurso a las antiguas tradiciones), que en el lenguaje coloquial se reduce a “siempre se hizo así”. Sin embargo, las que muestro, según entiendo, alcanzan para justificar mi tesis fundamental.

en sus avances respecto de la más general teoría de la argumentación y aún de la teoría de la argumentación jurídica. Una metodología excesivamente simple, una observación no del todo fina, un análisis demasiado rápido o superficial del fenómeno, etc., hacen que hayamos caído en la trampa que las propias falacias nos tendieron: considerarlas una cosa simple, sencilla de evidenciar y de eludir, y fácil de conjurar con un par de livianas recomendaciones. Las falacias, por el contrario, deben ser detenidamente estudiadas, como si de un virus pernicioso se tratase; deben ser mejor definidas y conceptualizadas y debe superarse la idea —propia de la lógica clásica— según la cual se trata de violaciones a las reglas de la inferencia formal. Las falacias deben ser entendidas como un fenómeno proteico, que en algunos casos vicia el discurso y lo aniquila, mientras que en otros lo habilita y, superando la pura retórica, inclina lealmente la balanza del debate.

La afirmación de que un argumento o un razonamiento sean falaces solo puede ser aceptada en términos relativos, y siempre que haya la especificación de un contexto y la indicación de una situación, porque tanto un razonamiento como un argumento pueden ser válidos dentro de determinados discursos y no serlo en otros. El derecho es un ejemplo de esto último: lo que para la lógica puede ser una falacia no formal (lo digo nuevamente) no lo es para el derecho, donde las falacias pueden ser admitidas como recursos válidos y hasta como principios útiles, provechosos y legítimos, que deben ser respetados.

VII. Bibliografía

Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Atienza, M. (2006). *El derecho como argumentación*. Barcelona: Editorial Ariel.

Bermejo Luque, L. (2013). *Falacias y argumentación*. Murcia: Plaza y Valdés Editores.

Casals Carro, M. J. (1998). El argumento '*petitio principii*': una falacia para dogmáticos. *Estudios sobre el mensaje periodístico*, número 4. Madrid: UCM.

Comesaña, J. M. (2001). *Lógica informal. Falacias y argumentos filosóficos*. Buenos Aires: EUDEBA.

Copi, I. M. (1994). *Introducción a la lógica*. 34° ed. Buenos Aires: EUDEBA.

Da Silveira, P. (2004). *Cómo ganar discusiones (o al menos cómo evitar perderlas)*. Buenos Aires: Editorial Taurus.

- Deaño, A. (1980). *Las concepciones de la lógica*. Madrid: Editorial Taurus.
- Dehesa Dávila, G. (2007). *Introducción a la retórica y la argumentación*. 4º ed. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Finocchiaro, M. (1981). Fallacies and the evaluation of reasoning. *American Philosophical Quarterly*. Illinois: University of Illinois Press.
- Govier, T. (2012). *A Practical Study of Argument*. 7th ed. Belmont CA: Wadsworth.
- Hamblin, C. L. (2016). *Falacias*. Lima: Palestra Editores.
- Kant, I. (2000). *Lógica. Un manual de lecciones*. Madrid: Ediciones Akal.
- Navarro, P. y Rodríguez, J. (2000). Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas. *Revista Isonomía*, número 13. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México.
- Perelman, C. y Olbrechts-Tyteca, L. (1989). *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Madrid: Gredos.
- Schopenhauer, A. (2013). *El arte de tener razón: expuesto en 38 estratagemas*. Buenos Aires: Editorial Quadrata de Incunable.
- Vega Reñón, L. (2008). La argumentación a través del espejo de las falacias. Recuperado de www.filosoficas.unam.mx/~Tdl/11-1/0407Vega.pdf
- Vega Reñón, L. (2013) *La fauna de las falacias*. Madrid: Editorial Trotta.
- Vega Reñón, L. *Las falacias. Una introducción*. Recuperado de https://www.academia.edu/5541284/LAS_FALACIAS_-_UNA_INTRODUCCIÓN
- Walton, D. (1987). *Informal fallacies*. Amsterdam: Publishing Co.
- Fecha de recepción: 31-03-2020 Fecha de aceptación: 12-07-2020

Centenario de la Constitución de Weimar

POR PABLO HIRSCHMANN(*)

Sumario: I. Introducción.- II. Antecedentes.- III. La Revolución de 1918 y el proceso constituyente de Weimar.- IV. Características de la constitución sancionada.- V. Soberanía del pueblo.- VI. La Forma de Estado.- VII. El gobierno del Reich. Parlamentarismo híbrido.- VIII. El *Reichstag*.- IX. El *Reichsrat*.- X. El presidente del Reich y el gobierno del Reich.- XI. Administración de justicia.- XII. Derechos.- XIII. Crisis.- XIV. Proyecciones.- XV. Conclusiones.- XVI. Bibliografía.

Resumen: el 11 de agosto de 2019 se cumplieron cien años de la aprobación de la Constitución de Weimar, primera constitución democrática de Alemania. Su conmemoración generalmente evoca al régimen que precedió al Tercer Reich, responsabilizándolo de su génesis o, en menor medida, recuerda uno de los primeros hitos de la consagración positiva del constitucionalismo social. En este trabajo —recorriendo brevemente los antecedentes de esta constitución alemana, su proceso constituyente, sus contenidos más innovadores, algunas de las causas de su fracaso y sus proyecciones sobre otras constituciones aprobadas posteriormente— se pretende rememorar un intento optimista, claramente modernizador de la sociedad y de la política, impulsado por fuerzas y vías democráticas respetuosas del pluralismo y de la dignidad de la persona; en un contexto desolador y tenebroso que la incomprensión incrementó —día tras día— arrastrando al abismo a algunos culpables y a muchos inocentes.

Palabras clave: historia constitucional - constitucionalismo social - desconstitucionalización

(*) Abogado, Universidad de Buenos Aires. Prof. Regular de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires, UBA. Exsecretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Exsecretario General del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación.

A century from the Weimar Constitution

Abstract: *august 11th, 2019 marked the 100th anniversary of the approval of the Weimar Constitution, the first German democratic constitution. Its commemoration usually evokes the regime preceding the Third Reich, holding it accountable for its origins, or, to a lesser extent, reminds us of one of the first milestones of the positive incorporation of Social Constitutionalism. This paper —by briefly analysing said german constitution antecedents, its constituent process, its most innovative contents, some of the reasons behind its failure and its projections on other subsequently approved constitutions— aims to acknowledge an optimistic attempt at social and political modernization promoted by democratic forces and means respectful of pluralism and human dignity; in a devastating and terrifying context that, enhanced day after day by incomprehension, dragged some guilty and many innocents into the abyss.*

Keywords: *constitutional history - social constitutionalism - deconstitutionalization*

I. Introducción

Un siglo atrás —el 11 de agosto de 1919— el presidente Friedrich Ebert y su gabinete firmaron la primera Constitución democrática de Alemania, elaborada por la Asamblea Nacional Constituyente, reunida, a comienzos de ese año, en la ciudad de Weimar. Es oportuno recordar brevemente esta Constitución, a la que se ve con frecuencia como la fuente de los desatinos que llevaron al Tercer Reich, dictadura feroz encabezada por Adolf Hitler, que dejó una mancha oscura e indeleble en la historia del siglo XX.

Tal fue la magnitud de ese fenómeno totalitario que implicó también cargar de culpas y opacidad a un valioso intento de fuerzas políticas modernizadoras que, en un tiempo de tormentas e incomprensión del que fueron ajenas y recibieron sin beneficio de inventario, coincidieron, para armonizar los ideales liberales con las aspiraciones de justicia social, en el valor de la dignidad humana. Ello, dentro del marco de una norma constitucional original e innovadora que a la par de establecer un gobierno representativo parlamentario y democrático para un Estado federal, se nutría en el pluralismo, la deliberación y el diálogo, no solamente como instrumentos valiosos en sí mismos sino también necesarios para el progreso de la sociedad.

El objeto de este trabajo es rememorar ese esfuerzo examinando brevemente algunos de los rasgos de esa Constitución y, a pesar de su crisis terminal, su proyección sobre otras constituciones futuras.

II. Antecedentes

Tras el fin del secular Sacro Imperio Romano Germánico (1806), el constitucionalismo comenzó a manifestarse en Alemania una vez concluidas las Guerras Napoleónicas (1815), cuando se formó la Confederación Germánica, cuya Acta Constitutiva (artículo 13) sugería a sus componentes que implantaran constituciones basadas en estamentos territoriales. Hubo varios ciclos constitucionales coincidentes con los vaivenes de las luchas entre conservadores y liberales (1815, 1830 y 1848). El rasgo central de las constituciones de la época (Baviera y Baden, 1818; Hesse, 1831 y Prusia 1850, entre otras) fue que encerraban un compromiso entre la monarquía —que ejercía un poder ejecutivo, robustecido por la soberanía— y la separación de poderes, limitada a una representación bicameral restringida con una cámara estamental y otra que comenzaba a insinuar la representación democrática y que, con fuertes restricciones, compartía las funciones legislativas.

Una excepción fue la Constitución aprobada por la Asamblea Nacional reunida en la Paulskirche (Frankfurt), el 27 de marzo de 1849, liberal y parlamentaria, que —como era de esperar— fue rechazada por los príncipes alemanes.

El 16 de abril de 1871 —tras la victoria de Prusia sobre el Segundo Imperio Francés— se aprobó la Constitución del Reich, que afirmaba en su Preámbulo que el Imperio Alemán fue fundado por príncipes y dignatarios alemanes que encabezaban los 25 estados confederados que lo conformaron y que el rol de Emperador correspondía al Rey de Prusia (Guillermo I). Organizado como un estado federal, el Reich constituía el poder central y varios Reinos, Grandes Ducados, Ducados y Ciudades Libres, de dispar importancia, eran los estados locales.

Las atribuciones que la Constitución daba al Emperador fueron generosamente interpretadas en su favor, otorgándole amplios poderes discrecionales, en especial en lo relativo a las relaciones exteriores y los poderes sobre el ejército (aquí con una fuerte reserva de potestades de los estados confederados, Prusia y Baviera, en especial) y la marina, en este caso con potestades exclusivas del Reich.

El Consejo Federal (Bundesrat), en el que la representación de Prusia era predominante al punto tal que podía vetar una reforma de la Constitución, sobresalía en el ejercicio de las potestades legislativas. El Consejo, además, podía actuar como un Tribunal de Estado para dirimir conflictos entre los estados particulares o atender al ciudadano al que en su Estado se le hubiera denegado el acceso a la justicia. El Consejo era presidido por el Canciller del Reich —también Presidente del Consejo de Ministros de Prusia—, que refrendaba los actos del Emperador (1).

(1) Diagrama de poder hecho a la medida del Canciller de la Unidad, el prusiano Otto von Bismarck.

La Cámara popular (Reichstag), cuyos integrantes eran elegidos por sufragio universal, igual y secreto por los varones mayores de veinticinco años, se limitaba a colaborar en las tareas legislativas.

En los últimos años de la Primera Guerra Mundial, Alemania —manteniendo al Káiser en un rol cada vez más limitado— fue gobernada de hecho por el Estado Mayor del Ejército, encabezado por el Mariscal Hindenburg y el General Ludendorff, quienes, a fines de julio de 1918, percibieron que la guerra estaba perdida. En agosto y octubre hubo iniciativas destinadas a limitar la autoridad del Emperador y aumentar las funciones del Reichstag para conformar un régimen parlamentario, pero el curso desfavorable de la guerra para Alemania y sus aliados hizo fracasar a esas propuestas *in extremis*.

III. La Revolución de 1918 y el proceso constituyente de Weimar

La finalización de la Primera Guerra Mundial en noviembre de 1918 tuvo serias consecuencias institucionales en Alemania. Motines de soldados y marinos, huelgas y la formación de consejos populares de soldados y trabajadores, a lo largo del país, al estilo de los *soviets* que venían actuando en Rusia desde 1917 tras la caída del zarismo, trajeron como resultado la abdicación y huida del Káiser Guillermo II y la caída de la Monarquía. Esto generó una situación de incertidumbre, de conflictos y de vacío de poder, que debía resolverse. Friedrich Ebert, líder socialdemócrata, comenzó a ejercer las funciones de Canciller; otro dirigente socialdemócrata, Phillip Scheidemann, proclamó la República el 9 de noviembre de 1918. Al día siguiente, Ebert —corriendo una carrera contra las corrientes revolucionarias espartaquistas (encabezadas por Karl Liebknecht)— conformó el Consejo de Comisarios del Pueblo bajo su presidencia, que comenzó a actuar como un gobierno provisional. El 12 de noviembre de 1918 —un día después de la firma del armisticio con la Entente, virtual reconocimiento de la derrota alemana en la gran guerra— el Consejo, con mayoría socialdemócrata, convocó a elecciones destinadas a conformar una asamblea constituyente. Nació la República de Weimar bajo una inspiración democrática, que debía convivir con una sensación de derrota y humillación.

Acontecimientos de singular violencia política en Berlín demoraron hasta fines de noviembre de 1918 la sanción de la Ley electoral para conformar la integración de la Asamblea Nacional Constituyente. La ley electoral —que, entre otras novedades, introducía el sufragio universal para alemanes y alemanas (54% del padrón electoral) mayores de 25 años y, con ciertas correcciones, la representación proporcional para distribuir los 421 escaños previstos para la Asamblea— resultó del

tenaz apego a la democracia de la mayoría de los socialistas frente a posturas radicales y dictatoriales (2).

En paralelo, el 15 de noviembre de 1918 el Consejo de Comisarios del Pueblo asignó a Hugo Preuss, profesor de derecho político de la Escuela Superior de Comercio de Berlín, la función de preparar un proyecto de Constitución.

La votación para la Asamblea Constituyente se realizó el 19 de enero de 1919. Los resultados de la elección fueron los siguientes: Socialdemócratas 38% —165 asambleístas—. Era el partido de Ebert, Scheidemann y otros dirigentes de izquierda reformista, democrática y modernizadora en lo social; *Zentrum* 19.6% —91 asambleístas—, era el partido que representaba a los católicos alemanes (3); Partido Democrático Alemán 18.5% —75 asambleístas—. Republicano, liberal moderno, era el partido preferido por los judíos alemanes, los intelectuales, la burguesía y la clase media. Estos tres partidos sumaban 331 asambleístas y fueron decisivos en la aprobación del texto constitucional. Desde entonces fueron denominados “la Coalición de Weimar”. Cercano a esa coalición estaba el Partido Popular Alemán, con el 4.4% —19 asambleístas—; entre sus adherentes había un grupo considerable de empresarios. Los Socialdemócratas Independientes, 7.6% —22 asambleístas—. Era la corriente que representaba a la izquierda revolucionaria, que constituiría la fuente del futuro Partido Comunista Alemán (KPD). El Partido Nacional del Pueblo Alemán, 10,4% —44 asambleístas—; era la fuerza representativa de la derecha. Cercanos al pasado imperial, contaban con simpatizantes en puestos clave del Ejército, de la burocracia y de la justicia. Crearon la leyenda de “la puñalada por la espalda” para desligarse de sus responsabilidades por la guerra y achacarle a la coalición de Weimar (“los traidores de noviembre”) a la democracia representativa, y a la República las penurias que padeció Alemania en la posguerra. Otros partidos, 1,6% —7 asambleístas—. En la votación participó el 83% de los electores.

La Asamblea inauguró las sesiones en Weimar el 6 de febrero de 1919. El 21 de ese mes el gobierno presentó el proyecto de Constitución, cuyos fundamentos expuso Preuss a la Asamblea tres días después. El 4 de marzo fue girado a la Comisión Constitucional. La Comisión presentó, el 19 de junio, el proyecto de Constitución, que fue debatido en el pleno entre el 2 y el 22 de julio de 1919. El 31 de julio de 1919 se efectuó la votación del texto definitivo de la Constitución, en la que

(2) Demostración cabal de ello fue el rechazo de las iniciativas desfavorables a la reunión de la Asamblea Constituyente en el Primer Congreso General de Consejos de Obreros y Soldados, por 344 votos contra 98, en la votación realizada el 19 de diciembre de 1918. En la misma fecha también se decidió que las elecciones para la Asamblea se realizarían el 19 de enero de 1919.

(3) La Democracia Cristiana es la corriente política que ha sucedido al *Zentrum* después de la Segunda Guerra Mundial hasta la actualidad.

tomaron parte 338 diputados de un total de 420. La Constitución de Weimar fue aprobada por 262 votos a favor, 75 votos en contra y una abstención.

IV. Características de la constitución sancionada

Cuando se habla de la Constitución de Weimar se habla de una norma fundamental que se define por los siguientes rasgos esenciales:

- A) Es una Constitución **escrita**. Se trata de un texto que, tras seguir los pasos reseñados precedentemente, fue aprobado y decretado por el pueblo alemán por medio de su Asamblea Nacional, en Weimar, el 31 de julio de 1919. El texto definitivo fue remitido a Schwartzburg para la firma del presidente y, el 11 de agosto de 1919, Friedrich Ebert, con el refrendo de todo el Gobierno del Reich, firmó la Constitución que entró en vigencia el 14 de agosto de 1919 (artículo 181), al ser publicada en el número 152 del *Reichgesetzblatt* (p. 1383).
- B) Es una Constitución **codificada**. Su texto está encabezado por un breve preámbulo y consta de 181 artículos distribuidos en dos libros. El primero de esos libros (artículos 1 a 108) trata de la organización y funciones del Reich. Se divide en 7 capítulos: I) El Reich y los Länder (artículos 1 a 19); II) El Reichstag (artículos 20 a 40); III) El Presidente del Reich y el Gobierno del Reich (artículos 41 a 59); IV) El Consejo del Reich (*Reichsrat*) (artículos 60 a 67); V) La legislación del Reich (artículos 68 a 77); VI) La Administración del Reich (artículos 78 a 101); VII) Administración de justicia (artículos 102 a 108). El segundo libro (artículos 109 a 165) lleva el título “Derechos y deberes fundamentales de los alemanes”. Se divide en cinco capítulos: I) La persona individual (artículos 109 a 118); II) La vida social (artículos 119 a 134); III) Religión y confesiones religiosas (artículos 135 a 141); IV) Educación y escuela (artículos 142 a 150); V) La vida económica (Arts. 151 a 165). El texto se cierra con las Disposiciones transitorias y finales (artículos 166 a 181).
- C) Es una Constitución **originaria**, dando a esta expresión el sentido que le atribuye Karl Loewenstein, es decir, “un documento de gobierno que contiene un principio funcional nuevo, verdaderamente creador, y por tanto ‘original’, para el proceso de formación política y para la formación de la voluntad estatal” (1982, p. 209). Teniendo en cuenta la época de su aprobación, se aprecian como rasgos de originalidad: la combinación entre el régimen parlamentario y el régimen presidencial —de cuidada técnica, aunque condujo a resultados desastrosos— articulada entre el Reichstag y el Presidente del Reich. El reconocimiento del derecho de sufragio a las

mujeres y el constitucionalismo social como inspirador de gran parte del libro segundo.

- D) En cuanto a su ideología es una constitución **ecléctica**, dado que su contenido amalgama distintas vertientes ideológicas, afines con los partidos que participaron más activamente en su aprobación. Proviene del Partido Democrático Alemán un fuerte aporte del constitucionalismo clásico, al reconocer derechos individuales, sustentarse en la soberanía del pueblo, la forma republicana de gobierno, el pluralismo y la división de poderes. El constitucionalismo social y las propuestas más avanzadas —que inspiraban al partido socialdemócrata— dejan también sus rastros en varias partes del texto constitucional. El *Zentrum* —con predominio católico— tuvo especial injerencia en lo relativo a las cuestiones religiosas y el federalismo.
- E) Es una constitución **rígida**. De acuerdo con el artículo 76, establecía un procedimiento de reforma constitucional más complejo que el previsto para la modificación de una ley ordinaria, con mayorías agravadas y habilitando —de ser necesarios— a la iniciativa popular y al referéndum.
- F) Proclama la supremacía del derecho federal, del cual, como texto normativo, forma parte y encabeza (artículo 13).
- G) En cuanto a la posibilidad de ejercer el control judicial de constitucionalidad de las leyes, se caracteriza por una **definición negativa**, al no regularla expresamente en el texto constitucional ni pronunciarse acerca de alguna de las variantes de control conocidas por entonces (control político o control judicial, ya fuere difuso o concentrado).

V. Soberanía del pueblo

“El pueblo alemán, unido en sus estirpes —dice el preámbulo de la Constitución de Weimar— y animado por la voluntad de renovar y consolidar su *Reich* en la libertad y la justicia, servir a la paz interior y exterior, y fomentar el progreso social, se ha dado esta Constitución”. Esta clara afirmación del sujeto del poder constituyente se complementa en el artículo 181, que expresa: “El pueblo alemán por medio de su Asamblea nacional ha aprobado y decretado esta Constitución. Entrará en vigor el mismo día de su publicación” (4); pero, de acuerdo con el principio

(4) Carl Schmitt tiene en cuenta estas expresiones al sostener la primacía del decisionismo sobre el normativismo cuando afirma que “(...) una Constitución es válida cuando emana de un poder (es decir, fuerza o autoridad) constituyente y se establece por su voluntad. La palabra ‘voluntad’ significa, en contraste con simples normas, una magnitud del Ser como origen de un deber-ser. La voluntad se da de un modo existencial: su fuerza o autoridad reside en su ser. Una norma puede valer

republicano y democrático de la soberanía del pueblo, este también se manifiesta como órgano de suprema decisión política en el ámbito del ordenamiento constituido (Mortati, 2010 p. 38) cuando el artículo 1 manifiesta que: “El Reich alemán es una República. El poder político emana del pueblo”. Para Carl Schmitt —que examina la cuestión desde una perspectiva existencial y decisionista— estas frases no son leyes —ni ordinarias ni constitucionales— pero no por eso “son algo mínimo o indigno de consideración. Son *más* que leyes y normaciones; son las decisiones políticas concretas que denuncian la forma política de ser del pueblo alemán y forman el supuesto básico para todas las ulteriores normaciones, incluso para las leyes constitucionales. Todo lo que dentro del Reich alemán hay de legalidad y normatividad vale solamente en el marco de estas decisiones” (Schmitt, 1996, p. 48) (5).

Un rasgo particular de la Constitución de Weimar es que la inserción del pueblo en la decisión política no solo se limita a la designación de quiénes lo representarán, sino que comprende, además, la función dirimente del electorado frente a conflictos que involucran a órganos de gobierno y la atribución de la iniciativa legislativa y constituyente (6).

VI. La Forma de Estado

Advierte Karl Loewenstein que: “aquel que quiera estudiar el federalismo hasta en su más fina elaboración tendrá que pararse en Alemania, que lo ha practicado desde hace siglos” (1982, p. 375). Cabe recordar que el federalismo fue el

cuando es *justa*; entonces la concatenación sistemática conduce al Derecho natural y no a la Constitución positiva; o bien una norma porque está positivamente ordenada, es decir, por virtud de una voluntad existente” (Schmitt, 1996, p. 34). Más adelante, el polémico pensador completa su afirmación al sostener que “(...) la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda normación reside una *decisión política del titular del poder constituyente*, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía auténtica” (Schmitt, 1996, p. 47).

(5) Pero si estas afirmaciones pudieran parecer aceptables, aflora a continuación la ideología de Schmitt, siempre coherente en su aversión a la democracia republicana de Weimar y al gobierno parlamentario: “El hecho de que la Constitución de Weimar sea una Constitución y no una suma inconexa de prescripciones particulares reformables según el artículo 76 C. a., colocadas en el texto por los partidos del Gobierno de coalición de Weimar a favor de ‘cualesquiera’ compromisos, consiste en esta decisión existencial totalitaria del pueblo alemán” (Schmitt, 1996, p. 48).

(6) El rol arbitral del pueblo es impuesto por el constituyente de Weimar en varios casos: para superar conflictos entre el *Reichstag* y el Presidente en el supuesto en que este vetara una ley (artículo 73.1.); para el supuesto en el cual prosperase en el *Reichstag* una propuesta de destitución del Presidente (artículo 43); para resolver conflictos internos del *Reichstag* respecto de una ley cuya promulgación hubiera sido suspendida (artículo 73.2); en conflictos entre el *Reichstag* y el *Reichsrat* respecto de la aprobación de leyes (artículos 74 y 75), en la participación en el proceso constituyente reformador (artículos 76, párrafos 1 y 2).

principio inspirador y un útil instrumento para concretar la unidad de Alemania en el siglo XIX. Acorde con las instituciones de la época, el Imperio Alemán tuvo un fundamento contractual o sinalagmático al nacer de Tratados Internacionales firmados entre Estados soberanos, que, según declaraba el preámbulo de la Constitución de 1871, surgía de una comunidad de príncipes y ciudades libres alemanas. Sin embargo, agrega Loewenstein que

En el Reich de Bismarck se imposibilitó el funcionamiento de un auténtico federalismo por la hegemonía de Prusia. Prusia poseía no solo dos tercios del territorio y de la población del Reich, sino que el rey de Prusia era constitucionalmente el detentador hereditario de la dignidad del emperador, y el primer ministro prusiano era, *ex officio*, canciller del Reich. Por el veto de Prusia en el Consejo Federal, se podía evitar cualquier enmienda constitucional. A pesar de que la Constitución proclamaba expresamente un orden federal, el resultado real de este federalismo híbrido fue la progresiva ‘prusianización’ del Reich (1982, p. 375).

Precisamente, el primer proyecto de Hugo Preuss además de prescindir del federalismo preveía la fragmentación de Prusia en varios estados. Esto respondía a tres causas. En primer lugar, Preuss no valoraba favorablemente la integración del Imperio —con predominio prusiano— realizada bajo el influjo de Bismarck. Por otra parte, y como discípulo de Otto von Gierke en la enseñanza del derecho de las corporaciones, mantenía una concepción “organicista” del Estado y del derecho, cuya articulación a partir de los municipios, siguiendo por los estados para llegar al estado nacional era obstaculizada por las desproporcionadas dimensiones de Prusia (7) y la disímil y variada composición del referido estado, que comprendía latifundios en el Este con áreas industriales densamente pobladas al Oeste, protestantes y católicos, minorías no germanas, etc. Finalmente, un estado de la magnitud de Prusia constituía un contrapeso que podía dificultar las reformas que a partir del Reich pretendían implementar los sectores más progresistas.

La cuestión generó rechazos en los estados locales, que temían perder su autonomía e integridad territorial y controversias entre las fuerzas políticas que concurren a la Asamblea Nacional de Weimar. Allí, los nacionalistas eran claramente contrarios a que se afectase la integridad de Prusia. El *Zentrum* era partidario de un federalismo moderado. Los demócratas dejaron de lado su posición favorable al centralismo y accedieron —con condiciones— a mantener la integridad de Prusia. Los socialdemócratas optaron por el federalismo por entender que era más

(7) Prusia tenía 38.100.000 habitantes (61,1% del total de la población del Reich, que era de 63.200.000), la superficie del estado prusiano era de 295.000 km² (62,2% del total de la superficie del Reich, que era de 470.655 km²).

adecuado para alentar las reformas sociales que pretendían llevar a cabo y además fueron los grandes beneficiados de la primacía del estado prusiano, que de continuo gobernaron desde 1919 a 1932. Los socialistas independientes —fieles al ideario de la izquierda revolucionaria— eran contrarios al federalismo.

La coordinación, mediante compromisos, entre estas tendencias políticas y las decisiones que —por mayoría— se adoptaron en la Asamblea dotaron al Estado alemán de una estructura federal distinta de la de 1871. Si la Constitución imperial resultaba de un acuerdo de jefes estadales (principados y ciudades libres), la Constitución de Weimar era producto de una decisión soberana del pueblo alemán reunido en una Asamblea Nacional. Para percibir la magnitud de la diferencia, cabe imaginar lo que ocurriría si en el preámbulo de nuestra Constitución no se hiciera la referencia a la voluntad y elección de las provincias que componen a nuestra Nación y a los pactos preexistentes.

En la Constitución de Weimar se mantuvo el carácter desigual del bicameralismo, pero era ahora el *Reichstag* el que tenía primacía sobre el *Reichsrat* en la labor legislativa. Solo el *Reichstag* apoyaba al gobierno con su confianza o se la quitaba con la censura (artículo 54). A ello hay que sumar la pérdida de competencias administrativas, jurisdiccionales y de espacio de negociación entre los estados locales que el Consejo tuvo durante la etapa imperial.

Otra característica del federalismo organizado en la Constitución de Weimar es haber aumentado y consolidado los mecanismos de intervención federal en los *Länder* mediante las facultades conferidas al presidente del Reich en materias de emergencia (artículo 48) y la ampliación de los supuestos en que corresponde la inspección federal (artículo 15).

Se mantuvo en el Reich la posición hegemónica del *Land* prusiano, aunque se redujo la proporción de sus votos en el Consejo en comparación con los que le acordaba la Constitución de 1871.

Además, se produjo la desvinculación personal de las más altas autoridades ejecutivas federales con las de Prusia, característica del régimen constitucional bismarckiano organizado por la Constitución Imperial.

La base de la distribución de competencias entre el Reich y los *Länder*, prevista en 1871, se mantuvo en la Constitución de Weimar, aunque se acrecentó dentro de estas atribuciones el cúmulo de poderes del Gobierno Federal. Esto se produjo, en especial, en el terreno de las potestades regulatorias en materias

económico-sociales (8), materias en las que eran las mayores las expectativas de la socialdemocracia por implementar medidas modernizadoras.

Se distinguió entre potestades atribuidas al Reich con carácter **exclusivo** (artículo 6: relaciones exteriores, nacionalidad, libertad de circulación, organización militar, régimen monetario, aduanas, etc.), **potestades concurrentes con los Länder** (artículos 7 —20 incisos, de muy variado contenido e importantísima significación para la vida interior de un Estado— y 12 que contiene la regla según la cual se mantiene en estos casos la legislación de los *Länder*, en tanto el Parlamento Federal no hay dictado leyes al respecto); hay también **legislación de necesidad** (artículo 9, en materias relativas al bienestar común, protección del orden y seguridad públicos) y **legislación de principios**, en la cual el Reich fijaba los principios generales y los *Länder* regulaban los pormenores (artículo 10, derechos y deberes de las asociaciones religiosas, instrucción pública, etc.).

Las penosas consecuencias de la gran guerra que comprendían las cargas financieras derivadas de la reconstrucción y el pago de reparaciones de guerra y el nuevo rol asumido por el Estado en materias económico-sociales se tradujeron en claras exigencias de centralización de la obtención de recursos y en la ejecución de los gastos que se expresaron en cambios normativos relevantes:

- a) El artículo 8 de la Constitución le otorgó al gobierno central una competencia legislativa general y concurrente para regular aquellos impuestos “(...) siempre y cuando los afecte a total o parcialmente al cumplimiento de finalidades que le sean propias”. De esta manera, resalta Alberti Rovira que “(...) el Reich ingresa directamente o tiene participación en la inmensa mayoría de los impuestos que deben satisfacer los ciudadanos, con lo que tal disposición le otorga de hecho un dominio casi absoluto sobre la regulación del sistema fiscal” (Alberti Rovira, 1986, p. 275).
- b) A ello se añadía que el artículo 11 de la Constitución de Weimar facultaba al Reich para dictar leyes de principios para fijar las bases que los *Länder* debían seguir para ejercer su exclusiva potestad tributaria.
- c) El Reich aplicó de inmediato sus nuevas potestades introduciendo nuevas regulaciones de los impuestos locales (*u.g.* contribuciones territorial e industrial) y, naturalmente, en los impuestos federales ya existentes. En 1920 hubo una significativa creación de impuestos directos destinados

(8) Lo que ya venía ocurriendo desde 1879 en que había sido aprobada, a instancias de Bismarck, legislación fuertemente proteccionista. El proceso se acentuó a comienzos del siglo XX desde la emergencia provocada por la Primera Guerra Mundial y se volvió cada vez más intenso y extenso. Aún no ha concluido.

mayoritariamente a las arcas del Reich y la crisis económica de 1923, añadió nuevo vigor a estas tendencias centrípetas.

- d) Si bien la ley financiera de 1926 cedió facultades a los *Länder* para establecer impuestos compatibles con los impuestos federales (valor agregado, bebidas, espectáculos públicos), esta decisión no contradice a la tendencia ya señalada porque la medida, en cuanto tal, podía ser revocada si el Reich así lo decidía.
- e) Un cambio sustancial respecto del régimen anterior se produjo respecto de la administración tributaria que la legislación de Weimar se fundó en el principio “(...) que establece que todos los ingresos que fluyan en todo o en parte al *Reich* deben ser gestionados por la Administración propia de éste” (Alberti Rovira, 1986, p. 276).
- f) La distribución de los ingresos entre el Reich y los *Länder*, permitió establecer tres categorías diferentes de tributos:
 - Impuestos cuyos rendimientos se asignaron al Reich con exclusividad: aduanas, impuestos generales al consumo y a la intermediación;
 - Impuestos federales cuyo producto se asigna exclusivamente a los *Länder* y administraciones locales (vehículos, derechos reales e impuestos sobre apuestas en las carreras). A ellos se suman los ingresos locales derivados de la recaudación propia;
 - Impuestos coparticipados entre el Reich, los *Länder* y las administraciones locales: impuestos sobre las rentas, impuestos sobre las sociedades, impuestos sobre las ventas y sobre las sucesiones (Alberti Rovira, 1986, p. 278).

Los conflictos derivados de la interpretación y aplicación de normas fiscales eran resueltos, en última instancia, por el Tribunal Federal de Finanzas.

VII. El gobierno del Reich. Parlamentarismo híbrido

La inestabilidad de los gabinetes en los sistemas parlamentarios y las dificultades —a veces muy frecuentes— para encontrar mayorías que permitieran gobernar eficazmente tuvieron como efecto la proposición de ensayos destinados a superar esos obstáculos. La Constitución de Weimar se enroló claramente en esta línea mediante un intento original caracterizado por su complejidad técnica. “Al parlamentarismo tradicional —completamente desconocido por los alemanes— se le injertó un presidente elegido por el pueblo que, como detentador del poder

independiente del gobierno y del parlamento estaría destinado a jugar un contrapeso frente al Reichstag, elegido también por votación popular, y al gobierno apoyado por la mayoría del Reichstag” (Loewenstein, 1982, p. 112). Inspirado en las ideas de Benjamin Constant sobre el poder moderador y el aporte de Max Weber en el proceso constituyente de Weimar, este modelo estuvo muy lejos de responder a las expectativas que en él se depositaron.

VIII. El *Reichstag*

El parlamentarismo de la República de Weimar tenía su núcleo en el *Reichstag*, órgano representativo y colectivo cuyos integrantes provenían de la elección directa del pueblo alemán. No era una institución nueva y tampoco lo era su carácter representativo (9), pero una de las novedades incorporadas por la Constitución de Weimar era que el *Reichstag* pasó a tener un rol primordial como órgano legislativo y de control, lo que no ocurría mientras rigió la Constitución Imperial de 1871.

Otra novedad del régimen de Weimar fue la incorporación al cuerpo electoral de las mujeres mayores de veinte años —una propuesta socialdemócrata nacida en el Programa de Erfurt de 1891 y ya ensayada en la elección de la Asamblea Nacional—. De esa manera, conformaron junto con los varones alemanes de la misma edad el conjunto de electores activos habilitados para elegir a los diputados y al presidente del Reich, o participar, si era necesario, en un referéndum o en iniciativas populares.

Para asignar los escaños se aplicaba el sistema de representación popular, sin establecer un mínimo de votos indispensable para tener representación parlamentaria.

El mandato de los diputados era de cuatro años (artículo 23), salvo que el presidente del Reich dispusiera la disolución anticipada del *Reichstag*, en cuyo caso, dentro del plazo de sesenta días, debían efectuarse las elecciones para la renovación del cuerpo (artículos 25 y 54). La Constitución habilitaba al *Reichstag* para designar a sus autoridades y dictar su reglamento de funcionamiento, bastando la mayoría simple de sus integrantes para adoptar decisiones, salvo excepción prevista por la Constitución (v.g. la reforma constitucional, insistencia en una sanción legislativa, etc.). Podía requerir la presencia en el recinto del canciller y los ministros del gabinete (artículo 33) y formar comisiones de investigación (artículo 34).

(9) El primer antecedente de un Reichstag alemán estuvo previsto en la frustrada Constitución de 1849. También había asambleas representativas (Landtag) en los estados locales y en la Constitución de 1871, los diputados del Reichstag eran elegidos por sufragio universal masculino.

Los diputados gozaban de inmunidad de opinión (artículo 36), de arresto y el desafuero (artículo 37).

IX. El Reichsrat

Ya vimos al tratar del federalismo los cambios sustanciales que la Constitución de Weimar introdujo en el *Reichsrat* y en su inserción institucional. Hay que agregar que, en cuanto a su composición se refiere, se asignaban los delegados de los *Länder* al en proporción a su población, aunque, para evitar la hegemonía de Prusia, se establecieron dos condiciones. La primera fue que —a diferencia de los otros *Länder*— la mitad de sus delegados debía representar al gobierno local y la otra mitad a representantes de sus provincias interiores. También se preveía que ninguno de los Estados podía tener más de los dos quintos de los votos en el *Reichsrat*.

A diferencia del *Reichstag*, para reunirse el *Reichsrat* debía ser convocado por el gobierno del Reich (artículo 64 de la Constitución de Weimar). Uno de los miembros del gobierno (el ministro del interior), era el encargado de Presidir al *Reichsrat*.

La participación del *Reichsrat* en el procedimiento legislativo pasaba, esencialmente, por su habilitación para presentar proyectos de leyes (artículo 69 de la Constitución, que desarrolla varias hipótesis sobre este punto) y la posibilidad —superable— de oponerse a las leyes aprobadas por el *Reichstag* (artículo 74).

X. El Presidente del Reich y el Gobierno del Reich

Uno de los rasgos de originalidad de la Constitución de Weimar fue la creación del cargo de presidente del Reich, elegido en forma directa por los ciudadanos para ejercer su cargo durante siete años (10), que podía ser reelegido indefinidamente (artículo 43) y dotado de un cúmulo de poderes para ejercer en circunstancias normales, que se acrecentaban considerablemente en caso de emergencia.

Inspirado en el poder moderador, pergeñado por Benjamín Constant, un siglo atrás y la dominación carismática descrita poco antes por Max Weber, el presidente del Reich fue concebido en la Constitución de Weimar —que organizó al poder como un complejo mecanismo de relojería— como un contrapeso del *Reichstag*, sobre el cual los sectores más moderados tenían sospechas de que pudiera mutar en un instrumento permeable a los cambios revolucionarios (como la

(10) El artículo 43 preveía un complicado procedimiento de remoción que se encomendaba al *Reichstag*.

Convención, dominada por los jacobinos en la Revolución Francesa) una vez superado el riesgo de los soviets de la Rusia coetánea que, fundadamente, inspiraba en el imaginario el espartaquismo y los consejos de soldados y obreros.

Para ejercer ese contrapeso el presidente podía disolver el *Reichstag* (artículo 25); buscar el arbitraje del pueblo mediante un referéndum cuando entrara en conflicto con el *Reichstag* a raíz de la sanción de una ley (artículos 73 y 74) o cuando el órgano parlamentario intentara su separación del cargo (artículo 43); remover cancilleres (artículo 53) o designarlos por sí ante el mutismo parlamentario. También, la Constitución de Weimar atribuía al presidente del Reich el mando de las fuerzas armadas (artículo 47) y, con el control del *Reichstag*, el manejo de las relaciones internacionales (artículo 45). Las medidas por él dictadas requerían el refrendo del canciller o de un ministro, quienes, al refrendar, asumían la responsabilidad (artículo 50). Además, en caso de emergencia (frecuentes en los años turbulentos de la República de Weimar), contaba con poderes cuasi dictatoriales (artículo 48).

Junto con esa magistratura presidencial —extraña a las formas parlamentarias— en la organización ejecutiva se situaba un gabinete encabezado por el canciller del Reich, con todos los rasgos característicos del gobierno en el parlamentarismo. El canciller y sus ministros eran investidos con la confianza del *Reichstag*, que podía removerlos en caso de prosperar una moción de censura cuando la mayoría parlamentaria discrepase de la política general del gobierno (artículo 54).

XI. Administración de justicia

La administración de justicia estaba a cargo de los tribunales. Los encabezaba el *Reichsgericht*, integrado por 102 jueces distribuidos en salas con competencia civil o penal y los tribunales de los *Länder*. Cabe mencionar también al *Staatsgerichtshof* o Tribunal de Estado, encargado de decidir los conflictos constitucionales dentro de un *Land*, cuyas normas no hubieran previsto un tribunal encargado de su resolución y conflictos entre un *Land* y el *Reich*, o conflictos entre los *Länder*.

XII. Derechos

En contraste con el proyecto inicial de Preuss, que —salvo pocas disposiciones aisladas— no incluía un capítulo relativo a los derechos y garantías(11), la

(11) Uno de los motivos para no hacerlo era la premura por dotar a Alemania de una Constitución. Preuss tuvo en cuenta el que el fracaso del proceso constituyente de 1848/9 tuvo entre sus causas las morosas discusiones sobre los alcances y contenidos de la Declaración de Derechos. También

Constitución de Weimar destinó a su tratamiento 56 artículos, distribuidos en los cinco capítulos que abarcaba la segunda parte.

El consenso de la Asamblea Nacional fue amplísimo respecto de los derechos y garantías de los individuos. Encabezado por las afirmaciones de que “todos los alemanes son iguales ante la ley. Hombres y mujeres tienen por principio los mismos derechos y deberes políticos” (artículo 109), el capítulo I de la segunda parte reconoce y regula las libertades clásicas, entre otras, el derecho a la ciudadanía (artículo 110), la libre circulación (artículo 111), la inviolabilidad de la persona (artículo 114) y del domicilio (artículo 115), el principio de legalidad en materia penal (artículo 116), la inviolabilidad de la correspondencia (artículo 117), la libertad de prensa (artículo 118), la libertad de reunión (artículo 123), la libertad de asociación (artículo 124), la libertad de sufragio (artículo 125), etc.

En lo que concierne a los derechos de la vida social (cap. II), Weimar contiene mandatos claros dirigidos a la protección de la familia (artículo 119), especialmente al matrimonio, que “descansa en la igualdad jurídica de ambos sexos”, de la maternidad (artículo 161) y de las familias de prole numerosa. También prevé la asistencia de los hijos nacidos fuera del matrimonio (artículo 121) y la protección a la juventud (artículo 122). Hay en este capítulo normas destinadas a amparar también a otros colectivos (*v.g.* municipios —artículo 127— y funcionarios —artículos 129 y 130—, etc.)

Dos capítulos especiales y estrechamente vinculados se refieren a la libertad religiosa y al régimen de la educación, entre los que hubo negociaciones y amplias concesiones recíprocas entre aquellos partidos que en la Asamblea Constituyente tenían puntos de vista encontrados (el *Zentrum*, con predominante representación de los católicos y la socialdemocracia, claramente laicista, como muchos de los demócratas). Una demostración de la bondad de los acuerdos a los que se llegó en materia de libertad religiosa se manifiesta con un dato inusual; los artículos 136, 137, 138, 139 y 141, relativos a las relaciones entre Iglesia y Estado, están vigentes en la actualidad, como consecuencia de que el artículo 140 de la Ley Fundamental hoy vigente los ha declarado como parte integrante de su texto.

De avanzada concepción para la época son algunas normas que contiene el artículo 146(12), relacionado con la educación pública y que son una clara

se consideró que la Constitución Imperial de 1871 carecía de una Carta de Derechos, materia cuya regulación correspondía a la Cartas Constitucionales de los *Länder*.

(12) “(...) para la admisión de un alumno en la escuela se atenderá a su capacidad y vocación, no a la posición económica o social, ni a la confesión religiosa de sus padres”. También se incluye la obligación del Estado, *lato sensu*, de otorgar subsidios para facilitar el acceso a estudios superiores de aquellos que estuvieran capacitados y carecieran de recursos.

demostración de la confianza de los constituyentes de Weimar en los ideales de progreso y la igualdad de oportunidades (13) (14).

La regulación de las relaciones económico-sociales fue el terreno donde se hicieron manifiestos los conflictos de intereses entre quienes controlaban los medios de producción y las corrientes renovadoras que postulaban la superación del espíritu exclusivamente individualista y la canonización de lo social (socialdemócratas y socialdemócratas independientes).

Esto derivó en entrecruzamientos de normas aparentemente contradictorias, especialmente las concernientes a la regulación del derecho de propiedad y sus limitaciones (artículo 153), llegando a admitirse la posibilidad de reducir o eliminar la indemnización en caso de expropiación, si la ley así lo establecía. Sin embargo, en el caso de la expropiación de medios de producción (socialización), regulada en el artículo 156, esta debía ser previamente indemnizada. La socialización comprendía, también, formas atenuadas de regulación, cooperación y administración de entes productores, con participación de los estamentos interesados (patrones y obreros).

La Constitución de Weimar declaró que el trabajo, bajo una regulación uniforme, gozará de la protección especial del Reich. Recogiendo una práctica asentada en la última mitad del siglo XIX y de singular utilidad para organizar la producción alemana durante la Primera Guerra Mundial, se asegura especialmente la libertad sindical (artículo 159) (15). Se dio rango constitucional a las normas inherentes al seguro social (artículo 161), en las que Alemania, desde fines del Siglo XIX, llevaba la primacía frente a otros países.

Finalmente, como una concesión a los sectores más radicales de la Asamblea, el artículo 165 de la Constitución creó el Consejo Supremo del Trabajo y el Consejo Supremo de la Economía, con participación de los sectores interesados y amplias atribuciones en cuestiones relativas a la regulación de las actividades productivas. Sin embargo, en la práctica y por muchos motivos carecieron de concreción efectiva (16).

(13) Lo cual es razonable si se considera que en los años de la República de Weimar Alemania obtuvo 14 premios Nobel.

(14) Entre estas normas llama la atención el artículo 164, que prevé el fomento especial de “la clase media independiente”.

(15) Durante la gran guerra se estrecharon los vínculos entre el Estado Mayor del Ejército y los sindicatos relacionados con actividades estratégicas, generalmente relacionados con la Socialdemocracia. Este lazo —no exento de reproches— fue de singular utilidad en los primeros meses de afirmación de la República de Weimar frente a los intentos revolucionarios.

(16) En los hechos, los órganos creados por esta norma fueron vistos con desconfianza por las organizaciones empresarias y, especialmente, por los sindicatos que temían perder las prerrogativas que gozaban.

XIII. Crisis

Nacida en 1919, en medio de una crisis, la Constitución de Weimar se extinguió de hecho catorce años después, en medio de otra crisis. Fue un ensayo democrático en un país poco acostumbrado a las formas democráticas, a las que, merced a una hábil propaganda desplegada en todos los espacios, terminó por atribuírseles todos los males —que no eran pocos— que aquejaron a los alemanes. Algunos de ellos fueron:

- La acentuada pérdida de popularidad de la Coalición de Weimar tras la aprobación del tratado de Versalles (17), que pasó del 76% de los votos en 1919, al 43% en 1920. A causa de ello, la mayoría de las propuestas modernizadoras de la socialdemocracia —que en el mismo período redujo su representación del 38% al 21,2% (de 11.000.000 de votos en 1919 pasó a 6.200.000 en 1920)— no pudieron superar el umbral de las normas programáticas.
- Los intentos golpistas de la derecha (Kapp en 1920) detenidos mediante un paro general, en tanto el Ejército se negaba a reprimir y los jueces, si condenaban, lo hacían con suavidad.
- La cronología muestra que hubo un breve período, entre los años 1925 y 1929, en que la República de Weimar se estabilizó, prosperó y las instituciones funcionaron razonablemente bien, pero esto no fue la regla general.
- A los años iniciales marcados por el empleo de violencia que no descartaba el asesinato político (Liebnecht y Rosa Luxembourg, Eisner, Rathenau y Erzberger) se sumaron la ocupación de Renania por Francia y Bélgica y la hiperinflación de 1923, que pulverizaron las conquistas que los trabajadores habían obtenido en años anteriores y los ahorros y bienes de los sectores medios. Un golpe mortal lo dio la gran depresión de 1930, que pobló a Alemania por largo tiempo de millones de desempleados, nutriendo con generosidad las filas de los partidos antisistema.
- En el *Reichstag* el sistema de partidos pasó a ser de un pluralismo extremo y polarizado, con presencia de partidos antisistema en los extremos —oposiciones bilaterales e irresponsables, aptas para destruir pero no para construir— que fueron acentuando su importancia a medida de que la crisis política económica y social se agudizaba, debilitando a las fuerzas del centro. Esto trae como consecuencia en cualquier sistema parlamentario la

(17) El 9 de julio de 1919, la Asamblea Nacional aprobó las condiciones que imponía el Tratado de Versalles, por 209 votos a favor y 116 en contra.

inestabilidad de los gobiernos y la paralización del órgano representativo. Weimar no escapó de esta circunstancia: tuvo 21 gobiernos en 14 años y el *Reichstag* sesionó 12 días en 1930, 60 días en 1931 y 10 días en 1932.

- El “contrapeso” de ese *Reichstag* debilitado fue el mariscal Paul Von Hindenburg. Presidente monárquico y carismático (curiosamente uno de los mayores responsables de la derrota en la Gran Guerra), reelecto con 19 millones de votos favorables en 1932, a los 84 años.
- Hindenburg hizo un uso abusivo de los poderes de emergencia (artículo 48). Prácticamente toda la legislación de 1932 resultó del ejercicio de estos poderes presidenciales y la intervención en julio de 1932 del *Land* de Prusia, gobernado por la socialdemocracia, dispuesta por el Presidente usando estos poderes. Llevada la discusión legal al *Staatsgerichtshof*, que, en octubre de ese año, admitió que la medida era contraria a la Constitución, pero, a pesar de ello, permitió que se mantuviera. Con acierto, se ha juzgado a este último episodio como el que definió el destino de la República de Weimar.
- Entre 1930 y 1933 nombró cuatro gobiernos que no podían contar con la confianza del *Reichstag* (gobiernos presidenciales). Curiosamente, el último canciller nombrado por Hindenburg el 30 de enero de 1933, Adolf Hitler, obtuvo la confianza del *Reichstag* cuando el 23 de marzo de 1933 aprobó una ley de plenos poderes por 444 votos a favor y 94. De esa forma cayó el telón sobre la República y la Constitución de Weimar.

XIV. Proyecciones

La originalidad de muchos de los contenidos de la Constitución de Weimar trajo como consecuencia su aceptación, rechazo o adaptación en otros textos constitucionales aprobados con posterioridad.

Aprobada el 9 de diciembre de 1931 por Cortes Constituyentes ideológicamente más a la izquierda que las de Weimar, la **Constitución de la República Española** incluyó normas que reconocen como fuente a la constitución alemana (18). Entre ellas, podemos mencionar al voto femenino; la protección de la maternidad, de la familia, la igualdad de derechos para ambos sexos. También atribuyó función social a la propiedad, la regulación económica y la nacionalización de los servicios públicos.

(18) El presidente de las Cortes Constituyentes, Luis Jiménez de Asúa, menciona expresamente a la Constitución de Weimar como fuente de la Constitución republicana de España.

La **Constitución de la República Italiana**, aprobada el 22 de diciembre de 1947 por una Asamblea Constituyente de parecida composición a la de Weimar, que en 1946 encomendó a Constantino Mortati un estudio sobre la Constitución de Weimar e incluyó entre los contenidos constitucionales una Carta de Derechos Sociales (artículos 29 y 47), al referéndum y a la iniciativa popular.

La **Constitución de Francia del 4 de octubre de 1958** tiene el rasgo particular de haber seguido a la Constitución de Weimar en la organización institucional para pasar de un régimen parlamentario clásico, como era el de la Cuarta República, a un sistema semipresidencial, característico de la Quinta República. Siguió de cerca a la Constitución de Weimar en los poderes de emergencia del presidente de la república. La elección directa con doble vuelta del presidente (según la reforma de 1962) y la duración del mandato presidencial de siete años con reelección indefinida (hasta la reforma de 2008) y la admisión de formas semidirectas de participación popular.

La **Constitución de Alemania de 1949**. Paradójicamente la Constitución de Weimar influyó *a contrario sensu* en el constituyente alemán de 1949, que, capitalizando una costosísima experiencia, no quiso reproducir los errores de 1919. Por ello, acentuó el parlamentarismo con un jefe de estado con poderes honoríficos elegido por el Parlamento. Fijó un porcentual electoral mínimo 5% para acceder a la representación parlamentaria. Es contraria a las formas semidirectas, incluye mecanismos de defensa de la Constitución, como la proscripción de partidos antisistema. Incluyó mecanismos de parlamentarismo racionalizado para dar estabilidad a los gobiernos (19). Mantuvo las normas de Weimar que regulaban las relaciones entre Iglesia y Estado.

En la **reforma constitucional argentina de 1949**, al fundar el proyecto el convencional, Sampay hizo referencia a la Constitución de Weimar como fuente del constitucionalismo social. Esta reforma constitucional incluyó capítulos referidos a los derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad y de la educación y la cultura. Atribuyó una función social a la propiedad, el capital y la actividad económica. Habilitó la elección directa del presidente con reelección inmediata e indefinida.

En la reforma constitucional argentina de 1994 se admitió, bajo ciertos recaudos, la delegación de facultades legislativas y el dictado de decretos por razones de necesidad y urgencia. Se amplió la carta de derechos sociales poniendo la atención en la protección de personas vulnerables e incluyó normas relativas al

(19) Alemania en las siete décadas transcurridas entre 1949 (Konrad Adenauer) y 2020 (Angela Merkel) solamente tuvo ocho cancilleres.

fomento de la economía y del desarrollo humano. Se estableció la elección directa —con doble vuelta— del presidente y del vicepresidente y se incluyó en el órgano ejecutivo al jefe de gabinete, removible, a la vez, por el presidente y el congreso.

XV. Conclusiones

En los tiempos que corre resulta ineludible un examen de los hechos, los documentos jurídicos y los valores que caracterizaron a la rica historia de la República y la Constitución de Weimar. Intento modernizador y optimista, generador de novedosos aportes e inspirado en la dignidad humana, en lo individual y en lo institucional, que fue menospreciado, cada vez más, en lo inmediato de su corta vigencia.

El fracaso de Weimar significó que donde había una Constitución y leyes pasó a imperar el *führerprinzip*; que el partido eliminó a los partidos y que el *Reichstag* dejó el pluralismo para pasar a ser el “coro de voces mejor pago de Europa”; que los *Länder* y el federalismo dejaron su lugar a *gauleiters* del partido y que la discriminación más brutal —por medio de la Gestapo, los *ghettos* y los campos— apagara la libertad, la igualdad y finalmente, a la vida, trayendo la guerra y el holocausto. Weimar enseña, por lo menos, que hay que tener cautela cuando se critica a las instituciones democráticas y representativas y asumir las consecuencias de esas críticas cuando son maliciosas e infundadas. De lo contrario, quizás inocentemente, se entra en el terreno de lo desconocido y nada impide que esto sea más oscuro de lo que podíamos haber imaginado, basta con pensar en cómo hubiera sido el mundo si el intento de Weimar no hubiese fracasado.

XVI. Bibliografía

Alberti Rovira, E. (1986). *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Forstthoff, E. (1986). *Concepto y esencia del Estado Social de Derecho*. En W. Abendroth; E. Fortstthoff y K. Doehring, *El Estado Social* (pp. 69-106). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Fritzche, P. (2006). *De alemanes a nazis 1914-1933*. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores.

Künhl, R. (1991). *La República de Weimar*. Valencia: Edicions Alfons el Magnánim.

Loewenstein, K. (1982). *Teoría de la Constitución, 2da ed.* Barcelona: Editorial Ariel.

Mortati, C. (2010). *Valoración de conjunto de la experiencia constitucional*. En W. Jellinek; O. Bühler y C. Mortati, *La Constitución de Weimar (Texto de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919)* (pp. 17-76). Madrid: Tecnos.

Schmitt, C. (1ra. ed.) (1982) (1996). *Teoría de la Constitución*, 2da reimpresión. Madrid: Alianza Editorial.

Vita, L. (2018). Constitucionalismo social como democracia económica. Una relectura de la Constitución de Weimar a la luz del aporte de Hugo Sinzheimer. *Historia constitucional* (19) (pp. 565-591). Recuperado de <http://www.historia-constitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/503> [Fecha de consulta: 15/04/2020].

Weitz, E. (2019). *La Alemania de Weimar - Presagio y tragedia*, 2da ed. Madrid: Turner.

Fecha de recepción: 01-03-2020

Fecha de aceptación: 11-06-2020

Apuntes para una periodización de la historia constitucional argentina

POR RICARDO GERMÁN RINCÓN(*)

Sumario: I. Introducción.- II. Antecedentes provenientes del período colonial.- III. Primera etapa.- IV. Segunda etapa.- V. Tercera etapa.- VI. Cuarta etapa.- VII. Quinta etapa.- VIII. Sexta etapa.- IX. Séptima etapa.- X. Conclusión.- XI. Bibliografía.

Resumen: el presente trabajo ofrece una periodización de la historia constitucional argentina, que luego se desarrolla contextualizadamente tomando datos de la historia política, social y económica de nuestro país. El análisis de las etapas es precedido por un breve repaso de las circunstancias previas a 1810 que hemos considerado relevante.

Palabras claves: etapa - Constitución - reforma constitucional - organización nacional - aberraciones constitucionales

Notes for a periodization of the argentinian constitutional history

Abstract: *the present work offers a periodization of the argentinian constitutional history, which is then developed contextually taking data from the political, social and economic history of our country. The analysis of the stages is preceded by a brief review of the circumstances prior to 1810 that we have considered relevant.*

(*) Abogado, Universidad Nacional de Lomas de Zamora (UNLZ). Esp. en gestión y políticas universitarias en el Mercosur, Universidad Nacional de Lomas de Zamora (UNLZ). Prof. de Historia, Instituto Pbro. Antónío Sáenz (ISP Pbro Dr. A. M. Sáenz). Decano Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad del Este (UDE). Prof. titular de Historia Constitucional, Universidad del Este (UDE). Prof. Adjunto ordinario Derecho Político, Universidad Nacional de Lomas de Zamora (UNLZ).

***Keywords:** stage - Constitution - constitutional reform - national organization - rupture - constitutional aberrations*

I. Introducción

No hemos encontrado hasta el momento un ordenamiento satisfactorio de los sucesos que conforman el proceso de la evolución de la organización institucional argentina. Ello nos ha motivado a encarar este trabajo. A los efectos de ofrecer una visión ordenada de nuestra historia constitucional creemos oportuno realizar una división del tiempo transcurrido entre 1810 y la actualidad, estableciendo etapas que puedan caracterizarse por sus rasgos comunes. Esto permitirá un mejor abordaje de los hechos al poder ubicarlos dentro de la referencia general de un contexto.

Proponemos la siguiente periodización:

- 1) Etapa de la Revolución Independentista (1810 - 1820).
- 2) Etapa del predominio unitario (1820 - 1830).
- 3) Etapa de la Confederación rosista (1830 - 1852).
- 4) Etapa constituyente (1852 - 1862).
- 5) Etapa de desarrollo y consolidación del Estado Nacional (1862 - 1930).
- 6) Etapa de las rupturas al orden constitucional (1930 - 1983).
- 7) Etapa de recuperación y consolidación del orden constitucional (1983 - a la fecha).

I.1. Hechos trascendentes al interior de cada etapa

Etapa 1: Revolución de Mayo; Reglamento orgánico 22 de octubre de 1811; Estatuto provisional de 22 de noviembre de 1811; Decretos de libertad de imprenta y de seguridad individual; Asamblea general constituyente; Estatuto del Directorio; proyectos constitucionales; Instrucciones de Artigas; Liga de los pueblos libres, Estatuto provisional de 1815; Congreso de Tucumán; declaración de independencia; Reglamento provisorio de 1817; **Constitución de 1819.**

Etapa 2: la “crisis del estado” de 1820; el pactismo: tratados de Pilar, Cuadrilátero, Benegas; Congreso de 1824; Tratado de Amistad, Comercio y Navegación de 1825; Ley fundamental; Ley presidencial; **Constitución de 1826;** ley del 3 de julio

de 1827; Convención Nacional de Santa Fe; Pactos de Cañuelas y Barracas; la Liga Unitaria.

Etapas 3: **Pacto Federal del 4 de enero de 1831**; carta de la hacienda de Figueroa; Ley de aduanas; pronunciamiento de Urquiza.

Etapas 4: Protocolo de Palermo; **Acuerdo de San Nicolás**; **Constitución de 1853**; secesión de Buenos Aires; **Pacto de San José de Flores**; **Convención Reformadora de 1860**.

Etapas 5: **reformas de 1866 y 1898**; sanción de los códigos; el problema de la capital del Estado; leyes sobre inmigración, educación, registro civil, servicio militar obligatorio, elecciones y representación.

Etapas 6: los golpes de Estado: proscripciones, politización de las Fuerzas Armadas y decadencia del sistema político; **Reforma de 1949**; **Convención de 1957**; “aberraciones constitucionales”: los estatutos de los llamados “Revolución Argentina” y “Proceso de Reorganización Nacional” y la “reforma de 1972”.

Etapas 7: recuperación de la institucionalidad; juicio a las Juntas; Pactos de Olivos y “de la Rosada”; **Reforma de 1994**; leyes sobre educación, derecho de familia, servicios públicos, elecciones; decreto 222/03 y el proceso de designación de los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; el Mercosur; el Código Civil y Comercial unificado.

II. Antecedentes provenientes del período colonial

En el estudio de la organización política de la América española debemos distinguir claramente dos etapas relacionadas con la dinastía que gobernó en cada momento. Así es que nos encontramos con la administración en tiempos de los Austrias o Habsburgos (Carlos I, Felipe II, Felipe III, Felipe IV y Carlos II) y con la administración bajo el reinado de los Borbones (Felipe V, Luis I, Felipe V nuevamente, Fernando VI, Carlos III, Carlos IV y Fernando VII).

La Casa de Austria gobernó el imperio español durante los siglos XVI y XVII, en tanto que la Casa de Borbón accedió al trono español en 1701 y aún hoy son sus miembros los integrantes de la Casa Real española (si bien hubo algunas interrupciones).

La política desarrollada por los Austrias se enmarcaba dentro del cuadro general de la llamada monarquía autoritaria ejercida por los reyes de esta casa y que consistía en rodearse de consejos y ministros para luego tomar la decisión final. Los primeros dos reyes de esta familia son conocidos como Austrias mayores

(Carlos I y su hijo Felipe II) mientras que los restantes son llamados Austrias menores. Durante el reinado de los primeros, España alcanzó el grado de primera potencia mundial. Los reyes de este período reservaban para sí las decisiones trascendentes y las orientaciones generales de la política del imperio. Para ello fueron generando distintos cuerpos de consejeros: Consejo de Italia, Consejo de Sicilia, Consejo de Castilla, Consejo de Indias, entre otros, y confiaron la administración directa de los territorios a una figura tomada del derecho público aragonés: los virreyes.

Los Austrias menores, por su parte, gobernaron durante el siglo XVII, en el que se produce la decadencia política española y la pérdida de su predominio en la política mundial. Estos reyes confiaron la administración a personajes provenientes de la alta nobleza, a quienes el pueblo llamó “los validos”. Estos validos fueron personajes ambiciosos y venales que no lograron revertir la situación de decadencia.

En los tiempos de los Austrias, América fue considerada en la práctica como un reino autónomo, el “Reyno de Indias”, agregado a la corona de Castilla. El rey de Castilla era, por lo tanto, rey de Indias en virtud del derecho de conquista y de la donación papal (el papa Alejandro VI había reconocido en el siglo XV los derechos castellanos sobre las tierras descubiertas mediante una serie de documentos conocidos como “Bulas de Donación”). El derecho castellano se aplicaba supletoriamente pues en principio debían aplicarse las “Leyes de Indias”. En este contexto, el poder del Consejo de Indias era altísimo.

A la muerte del último rey de esta dinastía, tras una guerra civil e internacional conocida como “Guerra de la Sucesión Española”, fue admitida por el orden político europeo la asunción de Felipe, nieto de Luis XIV de Francia. Esta familia introdujo una serie de cambios en las formas de hacer y entender la política en la que la figura del rey se veía fortalecida. Concordantemente con las tradiciones absolutistas que habían desarrollado en Francia, los Borbones prescindieron del uso de los consejos y gobernaron directamente tomando intervención en todo asunto por medio de sus ministros. En la práctica, estos monarcas consideraron a América como una colonia y no como un reino independiente, confiando principalmente en nobles españoles europeos para el ejercicio de las funciones administrativas y de gobierno.

El aislamiento, la lejanía, la escasa población y las necesidades de la defensa habían generado una América española en la cual las ciudades se gobernaban a sí mismas y a un importante entorno geográfico a través de una institución municipal heredada de la edad media española: los cabildos. Esta institución colegiada estaba integrada por un cuerpo de autoridades (los “regidores”) que cumplían diferentes funciones y que eran elegidos entre los llamados “vecinos”. La categoría de vecino no correspondía sino a descendientes de los fundadores de la comunidad

y a aquellos a quienes se había otorgado dicha categoría por servicios a la comunidad, importancia/volumen de sus actividades o por compra (luego transmitían esta condición de “vecinos” a sus descendientes). Esto generó la aparición de una suerte de oligarquía criolla, cuyos intereses no eran siempre coincidentes con las políticas que pretendían llevar adelante los representantes de la autoridad real (virreyes y gobernadores). La citada oligarquía generó una conciencia muy clara de defensa de sus intereses locales que entró en colisión con la mirada más amplia que traían los funcionarios de la corona. Es posible rastrear estos conflictos por todo el ámbito de las Indias.

El siglo XVIII traerá de la mano de los Borbones una mayor intervención en los asuntos americanos por parte de la corona, así como un monopolio del ejercicio de los cargos de la administración colonial (tanto en el ramo civil como militar, eclesiástico y de hacienda) por parte de españoles europeos, y un refuerzo de los privilegios mercantiles otorgados a estos últimos en desmedro de los comerciantes criollos. Los hijos de la élite criolla acudirán a las universidades, en las que se formarán en las teorías aristotélicas, tomistas y suarecianas (además de leer los “libros prohibidos” por el Index) y generarán a los futuros Belgrano, Castelli, Montegudo y Moreno, entre otros.

El rey Carlos III, considerado como uno de los ejemplos de lo que se llamó “despotismo ilustrado”, impulsó una serie de medidas en relación a los territorios americanos tendientes a dotar de mayor racionalidad a la administración y a promover un mayor grado de desarrollo económico, así como a ejercer una defensa más activa de las fronteras americanas. Merced a las decisiones de este monarca se establecieron —en el imperio español— dos nuevos virreinos en Sudamérica (el Río de la Plata y Nueva Granada), 9 Capitanías Generales (Chile y Cuba entre ellas), una nueva Audiencia de Justicia (la de Buenos Aires); se permitió la apertura de algunos puertos (Buenos Aires entre ellos) al comercio intercolonial y al intercambio con la metrópoli (eliminando el viejo privilegio de exclusividad con que contaban Cádiz y Sevilla) y se expulsó a los portugueses definitivamente de la Banda Oriental (captura de la Colonia del Sacramento) así como a ingleses y franceses de las islas Malvinas. Debe destacarse el documento denominado *Real Ordenanza de Intendentes* del 28 de enero de 1782, que disponía la organización interna del territorio del Virreinato del Río de la Plata.

El rey Carlos III pretendió también estimular el desarrollo económico de las Indias españolas. Para ello se impulsó una política de mayor apertura comercial entre la península y sus dependencias americanas a partir del *Reglamento y Aranceles Reales para el comercio libre de España e Indias* (1778), que flexibilizaba la dureza del monopolio. También el monarca se interesó por el desarrollo agrícola en México y el Perú, intentando diversificar las actividades económicas que en

estas regiones se concentraban solo en la explotación de los minerales preciosos y en su exportación a España. Lamentablemente, sus sucesores, Carlos IV y Fernando VII, no continuaron esta tendencia y, en cierta medida, les cabe una importante cuota de responsabilidad en el estallido del imperio español a partir de las revoluciones del siglo XIX.

II.1. Antecedentes específicos en el Río de la Plata

Merecen mencionarse por su importancia algunas circunstancias:

- La revuelta de Tupac Amarú en 1780 y 1781, **que pone en estado de efervescencia a las poblaciones del Alto Perú.**
- La llegada de la corte portuguesa al Brasil con la presencia de la infanta Carlota a comienzos de 1808, **que implica la presencia en América del Sur de una integrante de la familia real española, hija del rey Carlos IV y hermana del futuro rey Fernando VII, con aspiraciones legítimas a ejercer una regencia.**
- Las invasiones inglesas, con la creación de milicias en Buenos Aires en 1806, **que implica, por un lado, poner las armas en manos de los criollos permitiendo su agrupación en unidades militares autónomas y, por el otro, otorga a Buenos Aires una trascendencia geopolítica de la que hasta entonces había carecido.**
- La destitución del virrey Sobremonte y el nombramiento de Liniers como Comandante de Armas de Buenos Aires en febrero de 1807, **que pone de manifiesto que la institución del cabildo de Buenos Aires puede presionar exitosamente sobre las autoridades virreinales ejerciendo un poder de hecho.**
- La confirmación de la persona de Liniers en 1808 por parte de las autoridades peninsulares designándolo virrey, **que reivindica de hecho la intervención del cabildo de Buenos Aires actuando como cabeza del virreinato.**
- El intento fallido del regidor del cabildo Martín de Álzaga (español peninsular) ocurrido el 1 de enero de 1809, su apresamiento y la disolución de las milicias de europeos, **que trae como consecuencia que las únicas fuerzas milicianas en armas sean las criollas.**
- La remoción de Liniers, su exilio a Córdoba y su reemplazo por Baltasar Hidalgo de Cisneros por parte de la Junta Central en 1809, **que quita del**

escenario porteño al héroe de la Reconquista y líder natural de las milicias criollas.

- La “Representación de los Hacendados y Labradores” redactada por Mariano Moreno en 1809 para defender la libertad de comercio, **que otorga a su autor gran relevancia como orador y pensador de los problemas locales.**
- Los alzamientos de Chuquisaca y La Paz en el Alto Perú ocurridos en 1809, **que van a obligar al virrey Cisneros a enviar las tropas regulares que había en Buenos Aires a reprimir la revuelta, dejando así a la capital guarnecida solo por las milicias criollas. La acción feroz de represión desatada por las tropas españolas dejará una profunda huella en la población alto peruana.**
- Las noticias llegadas de Europa dando cuenta de la caída de la Junta, la constitución de un Consejo de Regencia en su reemplazo y la convocatoria a Cabildo abierto para el 22 de mayo de 1810, **lo que da inicio a nuestra vida institucional como entidad soberana.**

III. Primera etapa

La constitución de la Junta General Gubernativa del 25 de mayo de 1810 supuso el comienzo de un camino que desembocará en el establecimiento de 4 estados independientes en el territorio del antiguo virreinato: Argentina, Bolivia, Paraguay y Uruguay. El proceso se inscribe en el marco de la convulsión que atravesó a la totalidad del imperio español, no solo en sus territorios americanos sino también europeos y asiáticos (las islas Filipinas y Guam).

Circunscribiendo el relato a lo sucedido en relación con nuestra organización política, la sola presentación de las instituciones y personalidades que ocuparon el gobierno da cuenta de lo difícil que resulta reducir el análisis de esta primera década. Efectivamente repasemos: Primera Junta (o Junta General Gubernativa), Junta Grande, Primer Triunvirato con Junta de Observación y luego sin ella, Segundo Triunvirato, Asamblea General Constituyente, Directorio (sucediéndose Posadas, Alvear, Rondeau, Álvarez Thomas, Pueyrredón como directores), Congreso General (primero en Tucumán y luego en Buenos Aires). Esta es solo la enumeración de las autoridades que pretendieron ejercer la autoridad sobre la totalidad del territorio con sede en Buenos Aires.

Durante este período las autoridades surgidas de la revolución debieron enfrentar tres grandes desafíos: militar, diplomático y político. El desafío militar consistía en la necesidad de organizar las fuerzas necesarias para defender la revolución y

extenderla. El Río de la Plata no contaba con fuerzas profesionales, que debieron crearse al calor de los acontecimientos para enfrentar las circunstancias de la lucha contra el bando realista.

En cuanto a lo diplomático, la revolución debía posicionarse en un mundo que asistía al fenómeno de la revolución francesa y de Napoleón, a su derrota en Waterloo y a la Restauración iniciada en 1815. Finalmente, el problema político: la revolución desató fuerzas que llevaron a tomar decisiones a las autoridades y políticos de la época: ¿seguir siendo una colonia o independizarnos? ¿Pedir una tutela portuguesa o británica? ¿Respetar los intereses y opiniones de todos los pueblos y grupos implicados o solo los de alguna región o sector social en particular?

De las respuestas a las preguntas anteriores comenzaría a trazarse el panorama de los años futuros. La decisión inicial de no romper lanzas con la figura del monarca finalmente fue superada con la declaración del 9 de julio de 1816 (aunque ya en la práctica desde 1812 estaba claramente instalada una posición independentista en la opinión política rioplatense). El virreinato sufrió la desmembración del Paraguay y la ocupación militar del Alto Perú por las fuerzas realistas, y al interior de las “Provincias Unidas del Río de la Plata” avanzaron la discusión y la disensión en torno al derecho de las comunidades a autogobernarse, lo que daría origen al problema entre centralistas o unitarios y federales.

Es importante tener presente que para el gobierno central (desde 1814 en cabeza de un Director Supremo) el nombramiento de las autoridades locales era una prerrogativa de dicho gobierno y no un derecho reconocido a los pueblos.

Desde el punto de vista de la historia constitucional se registraron varios ensayos y proyectos entre 1810 y 1816, los cuales no fueron finalmente votados ni aprobados. El gobierno de la revolución instalado en Buenos Aires se comportará muchas veces con las regiones como si la revolución no hubiere existido nunca e intentará tomar decisiones sin consultar a la opinión local.

La oposición a estas prácticas centralistas se alzarán con fuerza en la Banda Oriental y en el Litoral, de la mano de Gervasio Artigas, padre del federalismo rioplatense. El gobierno del Directorio enviará expediciones de castigo a la zona del Litoral, especialmente a Santa Fe, distraendo importantes recursos de la guerra de independencia para aplicarlos a “disciplinar” a los díscolos federales.

El Congreso que declaró la independencia en Tucumán se trasladó luego a Buenos Aires y en su seno se aprobó nuestro primer texto constitucional: la Constitución de 1819.

Esta Constitución de 1819 tenía rasgos claramente centralistas, además de presentar una organización de los poderes públicos de aparente corte republicano

pero que podía fungir de inmediato con una monarquía (tal era la esperanza de algunas mentes de la época). La difusión de su texto provocó el levantamiento federal, la invasión de las montoneras entrerriana y santafesina al actual territorio bonaerense, con la derrota de las fuerzas directoriales, y la disolución de las autoridades nacionales.

IV. Segunda etapa

La derrota y posterior disolución de las autoridades nacionales, representadas por el Director Supremo y el Congreso, dio origen al proceso llamado “la anarquía del año 20”. Nació la provincia de Buenos Aires y los porteños eligieron por primera vez a sus autoridades locales, como consecuencia de la victoria de las fuerzas federales en la batalla de Cepeda en 1820.

Durante este período, las autoridades porteñas pusieron en marcha un proceso de reformas que llevó a la creación del primer banco establecido en nuestro país, a la creación de la Universidad de Buenos Aires y a la supresión de los cabildos y su reemplazo por comisarías y juzgados de paz. Los políticos porteños disfrutaban de la doble ventaja de no tener que compartir las rentas de la aduana con el interior, ni de participar en el esfuerzo de la guerra contra España, a la cual no contribuían desde 1819. Esto les daba rienda suelta para dedicarse a engrandecer la “Atenas del Plata” sin preocuparse de lo que sucediera en el resto del país.

Entre las distintas regiones, que tomaron el nombre de “provincias”, se fueron estableciendo alianzas por medio de tratados y acuerdos, en un movimiento que los historiadores denominan “pactismo”. Este pactismo es el ejercicio del federalismo en estado puro: cada entidad autónoma (provincia) se liga o une a otra por medio de un acuerdo o pacto, en el que se disponen los puntos de acuerdo. Estos acuerdos tenían la particularidad de contener dos elementos comunes:

- a) El reconocimiento de que las provincias firmantes pertenecían a una entidad política superior (se referían a la Nación);
- b) La convocatoria a un próximo congreso en el que deberían resolverse los problemas de organización del país.

La necesidad de resolver el problema que generaba este estado de cosas fue planteada por el encargado de negocios del Reino Unido de Gran Bretaña. Este reino, a cambio de reconocer nuestra independencia, deseaba firmar un convenio que le asegurase privilegios comerciales en esta parte del mundo, por lo que instruyó a su representante para que operase políticamente a favor de la superación del estado de ausencia de autoridades nacionales. Las razones esgrimidas por el

británico, sumado a otras circunstancias, llevó a la provincia de Buenos Aires a proponer la reunión de un congreso a celebrarse en la misma en 1824.

La sospecha de que el congreso pudiera tomar un giro similar al del anterior congreso de 1816-1819 llevó a las provincias a plantear sus dudas. Estas fueron mitigadas con la sanción de la ley Fundamental, que establecía que la constitución que se aprobase no comenzaría a regir hasta que las provincias la hubiesen revisado y aprobado. Esta ley parecía recoger las experiencias del pasado, consagrando un principio federal.

Pero las circunstancias darían la razón a las sospechas de los federales. Con la dirección de la guerra contra el imperio del Brasil como excusa, la facción unitaria impuso a Rivadavia como presidente, nacionalizó la provincia de Buenos Aires despojándola de sus instituciones, nacionalizó la deuda provincial garantizándola con la tierra pública y, finalmente, aprobó en la nochebuena de 1826 una nueva constitución unitaria y “clasista”.

La reacción de las provincias no se hizo esperar: la constitución fue rechazada y el alzamiento se generalizó. El presidente Rivadavia, urgido de emplear el ejército para someter a los disidentes, negoció una mala paz con el Brasil que acarreó su caída en desgracia y su renuncia. Las autoridades nacionales finalmente se disolvieron y el ejercicio de las relaciones exteriores le fue encomendado al gobernador de Buenos Aires, Manuel Dorrego.

Los políticos unitarios convencieron a los jefes militares que volvían al frente del contingente de tropas que habían peleado en la guerra de que la responsabilidad por la paz con el Brasil y la pérdida de la Banda Oriental se debía a la debilidad moral de los federales y especialmente de Dorrego. Se puso en marcha, entonces, la etapa más cruel de nuestras luchas civiles del siglo XIX. El general Lavalle se alzó en armas en Buenos Aires y el general Paz marchó a la conquista del Interior, comenzando por Córdoba.

El resultado del alzamiento en Buenos Aires fue la derrota, captura y el consecuente fusilamiento de Dorrego por orden de Lavalle; su posterior derrota en la campaña y el ascenso de Juan Manuel de Rosas a la jefatura del federalismo porteño; el acuerdo de ambos líderes en Cañuelas y Barracas y el exilio de Lavalle con la asunción de la gobernación por parte de Rosas con las “facultades extraordinarias”.

En el interior, la superioridad profesional de los jefes unitarios les permitió batir la resistencia federal liderada por Facundo Quiroga, quien se refugiaría finalmente en Buenos Aires. El general Paz organizó una estructura política denominada Liga del Interior, de carácter netamente unitaria, lo que presionó a los gobernadores federales para armar otra estructura que se opusiera a la Liga. Reunidos en Santa

Fe discutieron los representantes de las provincias litorales y el 4 de enero de 1831 firmaron el Pacto Federal. El pacto establecía una alianza permanente ofensiva-defensiva entre las provincias litorales, preveía la convocatoria a un futuro congreso general constituyente, delegaba la representación de las relaciones exteriores en el gobernador de Buenos Aires y creaba una Comisión Representativa que funcionaría en la ciudad de Santa Fe con un representante por cada provincia firmante del pacto. El pacto creaba una estructura abierta a la que podían adherirse todas las provincias que desearan y que llevaría el nombre de Confederación Argentina.

V. Tercera etapa

Juan Manuel de Rosas fue elegido gobernador de la provincia de Buenos Aires y se le concedieron las facultades extraordinarias (similares a las que se le conceden hoy al presidente de la Nación cuando se declara el estado de sitio). Las provincias federales le encomendarían luego el manejo de las relaciones exteriores al gobernador de Buenos Aires. Esa sería la única autoridad formal que ostentaría Rosas sobre la Confederación. La realidad material sería bien distinta y se iría construyendo en los años que fueron de 1831 a 1836.

Durante las negociaciones llevadas a cabo en Santa Fe, los representantes de Buenos Aires, José María Rojas y Patrón, y de Corrientes, Pedro Ferré, sostuvieron una polémica respecto de la mejor política a adoptar en aras de constituir la unión nacional. Mientras el representante porteño defendió el librecambio con base en el puerto único, haciéndose eco de las ventajas que la posesión de dicho puerto le proporcionaba, el correntino presentó un plan de desarrollo de las economías locales basadas en el desarrollo industrial y la integración de las producciones regionales, que implicaba la adopción de políticas de aduana de corte proteccionista, sumadas a la liberación de los ríos interiores a la navegación de todas las banderas. La polémica quedó sin saldarse por el retiro de Ferré de la reunión debido a que había sido elegido por la legislatura como nuevo gobernador correntino, pero dejaba en claro que dentro del federalismo había posiciones diferentes.

Rosas gobernó en Buenos Aires los tres años de su primer período y como luego se le ofreciera la continuidad pero sin las facultades extraordinarias, declinó el nombramiento. A los efectos de retirarse de la escena pública sin perder notoriedad, organizó una “campana al desierto”, en la cual condujo a las partidas bonaerenses hasta la isla de Choele-Choel, firmando tratados con las tribus pampas y ranqueles y logrando la estabilidad de la frontera sur. Durante los siguientes 20 años no existiría riesgo de malones en la provincia de Buenos Aires.

Mientras Rosas se encontraba en la campaña, el rosismo fue liderado en la ciudad por su esposa, Encarnación Ezcurra, a quien se considera organizadora de la patota rosista que llevaría el nombre de “mazorca”.

El gobierno de Buenos Aires fue ejercido por Balcarce, quien intentó poner en marcha un federalismo no rosista, lo cual provocó la ruptura entre los federales en netos o doctrinarios. Los netos eran los federales rosistas, mientras que los doctrinarios eran los no rosistas. A Balcarce lo sucede Viamonte y a este lo sigue Mazza. A Rosas le siguieron ofreciendo el gobierno, pero al ofrecerlo sin las facultades extraordinarias se rehusó a aceptar.

En tanto, en el país, el general Paz había sido capturado por soldados santafesinos en un incidente fortuito y la estructura política unitaria se había desmoronado provincia a provincia. Buenos Aires había aprovechado una ocasión para llamar a su representante en la Comisión Representativa y nunca más enviaría a otro.

En 1835 fue asesinado en Barranca Yaco, provincia de Córdoba, el general Facundo Quiroga, quien, ganado ya para el federalismo rosista, había sido enviado al norte por el gobernador de Buenos Aires en misión de buena voluntad para intentar intermediar en un conflicto que involucraba a la provincia de Salta. Al llegar al norte, el problema ya se encontraba resuelto y fue en el transcurso de su regreso que Quiroga fue interceptado y asesinado. Antes de partir en su misión, Rosas le escribió una larga carta en la que le expresaba su posición contraria a la reunión de un congreso constituyente hasta tanto se crearan las condiciones para una paz duradera. Este documento se conoce como “carta de la Hacienda de Figueroa”.

La noticia provocó pánico en la opinión pública porteña. El gobernador renunció y Rosas fue llamado al cargo. Se le ofrecieron no solo las facultades extraordinarias, sino la suma del poder público, además de extender el período de gobierno de tres a cinco años. Rosas asumió y gobernó ininterrumpidamente hasta 1852, cuando renunció tras la derrota en Caseros a manos de Urquiza.

Rosas dispuso la inmediata persecución y condena de los acusados de asesinar a Quiroga. Entre ellos se encontraba el gobernador de Córdoba y sus hermanos, apellidados Reynafé. Esta intervención sería una muestra de lo que vendría: el gobernador de Buenos Aires intervendría en la política interior de cada provincia cada vez que lo considerase necesario. Estableció un ejército federal permanente que envió a la Banda Oriental, la cual fue tratada como una provincia más, a pesar de su independencia formal.

Los opositores a Rosas abandonaron el país y, considerándose a sí mismos como “los emigrados”, constituyeron organizaciones para luchar contra el sistema rosista desde sus lugares de refugio. Estos opositores provenían de tres sectores distintos: los unitarios, los federales no rosistas y los autoproclamados románticos. Estos últimos constituían un grupo que pretendía realizar la síntesis de la sociedad argentina y estuvo integrado el mismo por personalidades de la talla de Esteban Echeverría, José Mármol, Juan Bautista Alberdi y Domingo Faustino

Sarmiento, entre otros. Sarmiento ofrece una visión de los problemas argentinos en una obra publicada hacia 1845: *Facundo. Civilización y Barbarie*. En esta obra denuncia la política de Rosas, acusándolo de ejercer el unitarismo bajo el manto del federalismo.

Entre 1835 y 1851, Rosas mantuvo férreamente unida a la Confederación, resistiendo las agresiones colonialistas de Francia y Gran Bretaña e interviniendo en la Banda Oriental y en el sur del Brasil para conservar en sus manos la dirección de los asuntos del Plata.

En 1851 apareció una nota en un periódico entrerriano que reclamaba la organización definitiva mediante una constitución tras veinte años de vigencia del Pacto Federal. El gobierno porteño reclamó ante el gobernador de Entre Ríos, Justo José de Urquiza. Este último se negó a amonestar al periodista y a clausurar el periódico y el tira y afloje entre ambos gobiernos concluirá con el Pronunciamiento de Urquiza. El gobernador entrerriano anunció que Entre Ríos reasumía su soberanía y retiraba el manejo de las relaciones exteriores a Buenos Aires e invitó a las demás provincias a imitarlo y a reclamar la convocatoria a un congreso general. El plan de Urquiza había comenzado a pergeñarse unos años antes, probablemente a partir de 1846. Urquiza consiguió el apoyo de los emigrados, de las autoridades de Montevideo, del partido colorado uruguayo, de la corte del Brasil, del gobierno del Paraguay y del representante francés. Cada uno tenía una cuenta pendiente que saldar con Rosas.

El resultado fue el armado de una coalición que se integró en el llamado Ejército Grande. El plan de Urquiza se desarrolló en dos etapas. Primero derrotó a los rosistas uruguayos; luego, reforzado con tropas brasileñas, cruzó los ríos utilizando los servicios de la escuadra francesa y desembarcó en la costa santafesina. Su avance hacia Buenos Aires se realizó sin mayores obstáculos. El choque definitivo se llevó a cabo en las afueras de Buenos Aires el tres de febrero de 1852. La batalla de Caseros supuso el fin del gobierno de Rosas y su exilio hacia Gran Bretaña. El vencedor de la batalla, Urquiza, publicó de inmediato un bando proclamando la fórmula: *ni vencedores ni vencidos*.

VI. Cuarta etapa

La decisión de Urquiza de honrar el lema publicado se hizo patente cuando convocó al campamento del Ejército Grande a distintas personalidades políticas de Buenos Aires, entre otros, y adelantó su interés en dar cumplimiento a las prescripciones del inciso 5 del artículo 16 del Pacto Federal: convocar a un congreso constituyente. El compromiso alcanzado se formalizó en un instrumento conocido como Protocolo de Palermo de San Benito.

Desde el momento mismo de la renuncia de Rosas, el gobierno de Buenos Aires fue un problema a resolver por Urquiza. Su decisión de no invadir la ciudad ni entregarla al saqueo de sus tropas no impidió que ejerciera su influencia para que el ejercicio formal del poder recayera en una persona de su confianza. No obstante, hay que decir que Buenos Aires era un hervidero en el que, desaparecido el “dueño” del espacio político de las últimas dos décadas, los recién regresados unitarios, románticos y federales dogmáticos intentaban ocupar posiciones mientras se reacomodaban los rosistas a la nueva situación. A pesar de las diferencias entre estas posturas, un sentimiento común de *porteñismo* crecía entre estos grupos, generando alianzas y solidaridades antes inimaginables. Este porteñismo atravesaba las posiciones políticas para enfrentar al rival común: Urquiza (por entrerriano y ocupador del suelo bonaerense) y sus adláteres.

La convocatoria de Urquiza al congreso tenía las siguientes particularidades:

- a) Se realizaría en territorio bonaerense, pero no en Buenos Aires.
- b) El lugar elegido sería equidistante de Buenos Aires, Santa Fe y Paraná.
- c) Se proponía la concurrencia del gobernador de cada provincia.
- d) La legislatura de cada provincia debía votar una ley especial aprobando previamente cuánto acordase su gobernador en el Congreso.

El lugar elegido fue San Nicolás de los Arroyos, y hacia allí dirigieron sus pasos los representantes de las provincias (con alguna excepción como Catamarca, que dio su representación a Urquiza).

El gobernador de Buenos Aires fue autorizado por la Legislatura a concurrir, pero no votaron la ley indicada en el punto d).

Como resultado de las deliberaciones se firmó el Acuerdo de San Nicolás, que establecía las pautas para la reunión inminente del Congreso General Constituyente a realizarse en la ciudad de Santa Fe y entregaba provisoriamente el manejo de las relaciones exteriores y de la defensa al general Urquiza.

Mientras en las provincias comenzaba el proceso de elección de los representantes, en Buenos Aires el gobernador López presentó el Acuerdo a la consideración de la Legislatura. Los debates se conocen con el nombre de Jornadas de Junio. Allí se destacaron varios oradores, entre ellos el joven Bartolomé Mitre, quienes atacaron los términos del acuerdo y a la figura del gobernador en la inteligencia que los derechos de Buenos Aires no habían sido considerados ni respetados. Como resultado de las jornadas, la legislatura terminó siendo disuelta, el gobernador restablecido en su puesto por Urquiza y la tensión entre los bandos

aumentó. El conflicto degeneraría finalmente en la secesión de Buenos Aires. En efecto, aprovechando la ausencia de Urquiza, quien se había dirigido a Santa Fe para inaugurar las sesiones del congreso, la provincia de Buenos Aires se alzó en armas y se separó de la Confederación Argentina.

En Santa Fe los convencionales constituyentes dudaron en seguir adelante con las deliberaciones, pero terminó triunfando la decisión de no dejar pasar la oportunidad. Los debates se extendieron hasta el año siguiente y, finalmente, el 1 de mayo de 1853 se juró solemnemente la Constitución Nacional. El producto del Congreso fue un cuerpo precedido por un preámbulo y dividido en dos partes básicas: una dogmática, conteniendo las declaraciones, derechos y garantías; y otra operativa, en la que se presenta la división de poderes y se establecen las atribuciones de cada uno, dedicándose una parte a los poderes reservados por las provincias.

La Constitución de 1853 fue el producto de meses de deliberación, en los que se destacaron José Benjamín Gorostiaga, Juan María Gutiérrez, Pedro Ferré, Facundo Zuviría, Juan Francisco Seguí y el presbítero Benjamín Lavaisse, entre otros. Los representantes utilizaron como fuentes a las constituciones de 1819 y 1826, la de los EE.UU., la de Chile, las constituciones francesas, las obras de constitucionalistas norteamericanos —como Joseph Story— y las obras de Alberdi, Echeverría, Fraguero y Sarmiento, dando origen a una obra original que reconoce fuentes pero que no resulta copia de ninguna de ellas ni tampoco un simple corta y pega.

La provincia de Buenos Aires se constituyó como estado y sostuvo una tensa convivencia con la Confederación Argentina, presidida por Urquiza. Las tensiones entre ambos estados se resolvieron militarmente cuando en 1859, en la batalla de Cepeda, las fuerzas porteñas fueron vencidas por las nacionales. La Confederación Argentina y el Estado de Buenos Aires firmaron el Pacto de San José de Flores, que determinó el fin de la secesión porteña, su reingreso a la unidad nacional, la entrega del puerto y la aduana provincial a la administración nacional y el otorgamiento a Buenos Aires del derecho a proponer reformas a la Constitución Nacional.

El destacado constitucionalista Bidart Campos sostiene que este período, que media entre 1853 y 1860, debe considerarse como un período de ejercicio del poder constituyente originario en forma abierta, en tanto otros representantes de la doctrina nacional consideran a la de 1860 como la primera reforma que se realizara al texto original.

VII. Quinta etapa

Desde el punto de vista de la evolución de nuestra constitución formal, en esta etapa se producen las reformas de 1866 y 1898, en las cuales se realizan retoques menores:

- En 1866 se reforman los artículos y 4 y 67 inciso 1, en la parte relativa a los derechos de exportación;
- En 1898 se reforman los artículos 37 y 87, en lo relativo a la cantidad de diputados a elegir por cada distrito electoral y al número de ministros que acompañan al poder ejecutivo.

En cuanto a la constitución material, este período —que abarca desde 1860 a 1930— es en el cual se produce la estabilización definitiva de las autoridades nacionales y su supremacía respecto de las autoridades provinciales, se fijan los límites territoriales definitivos de nuestro país, se produce la transformación socioeconómica a consecuencia del vuelco de la región pampeana a la producción de alimentos de origen agrícola y de la inmigración, se genera la estructura básica de comunicaciones entre las regiones del país, se establecen los bancos, bolsas y demás instituciones relacionadas con la evolución económica y financiera, se nacionalizan las universidades y se extiende su número hasta la consagración de su autonomía, se dividen las funciones entre la iglesia y el estado, etc.

En efecto, como afirmábamos en el párrafo precedente, en el período 1860-1880 las autoridades nacionales lograron reducir y someter los intentos de levantamiento locales, impidiendo así la vuelta atrás en el tiempo.

Durante el gobierno de Mitre (1862-1868) las provincias de cuyo y del NOA fueron intervenidas de algún modo u otro por el gobierno federal, el cual reprimió los últimos levantamientos de los caudillos locales, que pretendían basarse en la vieja estructura federal de “las montoneras”. La provincia de Corrientes también fue ocupada militarmente como resultado de la Guerra del Paraguay.

Bajo la presidencia de Sarmiento se produjo el asesinato de Justo José de Urquiza y el levantamiento de los federales entrerrianos bajo el liderazgo de López Jordán, los cuales fueron derrotados por las tropas nacionales, experimentadas en la guerra con los paraguayos.

Fue en el gobierno de Avellaneda cuando las autoridades nacionales terminaron con el problema del indio y la amenaza de la frontera sur, al ordenar la Campaña al Desierto bajo el mando de Julio Argentino Roca; y se resolvió el problema de la capital del estado al votarse la federalización de la ciudad de Buenos Aires y su entrega a la Nación. Este último tema implicó el alzamiento en armas del gobernador de Buenos Aires, Carlos Tejedor, contra el gobierno nacional y su derrota frente a las tropas nacionales comandadas por Roca. La provincia de Buenos Aires debería buscarse otra capital y allí triunfaría el proyecto de Dardo Rocha que da origen a la ciudad de La Plata.

Cada región del país —interior, litoral y Buenos Aires— había sido disciplinada; la Patagonia estaba incorporada a la soberanía nacional y los malones ya no amenazarían nunca más la producción agrícola y ganadera de la pampa argentina. Los límites norte, con el Paraguay, y suroeste, con Chile, quedaban *grasso modo* establecidos.

En 1862 se estableció la Suprema Corte de Justicia de la Nación y comenzó a sentarse la jurisprudencia nacional que sostiene a la supremacía constitucional.

En esta etapa, el Congreso de la Nación aprobó los códigos civil, penal, de comercio, de minería, aprobó las leyes de inmigración, de creación de los registros civiles, de establecimiento del servicio militar obligatorio y de la obligatoriedad de la educación primaria en los territorios sometidos a la jurisdicción federal. Se aprobó la reforma del sistema electoral (Ley Sáenz Peña), que posibilitó el acceso a la presidencia de la Nación al Dr. Hipólito Yrigoyen.

Sin lugar a dudas podemos afirmar que esta es la etapa en la que se produce la modernización de la sociedad argentina, alterándose su estructura socioeconómica, demográfica y cultural. Los partidos políticos modernos, con su estructura de afiliados, centros abiertos a la comunidad y autoridades permanentes, superan a las viejas formas de la política criolla. Las universidades de Córdoba y Buenos Aires pasan de ser instituciones provinciales a nacionales, aparecen las de La Plata, Tucumán y Litoral, se produce la llamada Reforma Universitaria, dotándolas de su carácter autónomo y autogobernado. Los ferrocarriles y el telégrafo acortan los tiempos y el país se integra sistémicamente. Las primeras industrias se instalan en el país y comienzan a desarrollarse los movimientos sindical y feminista. Las escuelas primarias, estatales y públicas, se levantan incluso en localidades rurales, mientras las escuelas secundarias preparan individuos que se integran al mercado laboral ocupando lugares en las estructuras burocráticas pública y privada.

VIII. Sexta etapa

Lamentablemente para la República, esta es la etapa en la que se institucionalizó la práctica de no respetar las disposiciones constitucionales. El golpe de estado de 1930 inaugura una época en la cual la legitimidad de los gobiernos deja de basarse en el derecho, salvo quizás el período 1946-1954, para justificarse en el uso de la fuerza disfrazada de derecho.

Los golpes de estado fueron de la mano de algunas medidas como:

- Suspensión de las garantías constitucionales.
- Declaración del estado de sitio.

- Disolución del Congreso y de las legislaturas provinciales.
- Destitución del presidente y de todos los ministros y secretarios de estado.
- Remoción de los jueces opositores y establecimiento de una Suprema Corte adicta.
- Proscripción política (a la UCR en la década del 30, al peronismo desde el 55 al 73).
- Censura de prensa y de espectáculos.
- Manejo de los medios de comunicación.
- Prisión de opositores políticos.
- Detenciones ilegales, tortura y asesinatos políticos.
- Sometimiento a intereses económicos extranjeros (el pacto Roca-Runciman; la postergación del desarrollo energético en los años 60; la destrucción de la industria nacional y la deuda externa durante el “proceso”).

Durante la década de los años 30, mientras la crisis del capitalismo mundial luego de la caída de la bolsa de Wall Street determinaba una retracción de la economía a nivel mundial, en nuestro país se produjo el primer paso en la industrialización por medio de un proceso que se conoce como “sustitución de importaciones”. Se desarrolló la llamada industria liviana, fundamentalmente en la periferia de las grandes ciudades de Buenos Aires, Rosario y La Plata, a las que abastecían de textiles, piezas metálicas, botellas y vidrio en general, fósforos, insecticidas y productos de limpieza y tocador, lámparas y productos alimenticios. Esta creciente industria necesitaba de mano de obra, la que no se nutrió de inmigrantes como había ocurrido hasta los años 20. Los puestos de trabajo fueron ocupados por migrantes internos, argentinos que partían desde los residuos de la Argentina criolla y pobre, atraídos por las luces y la promesa de progreso de las ciudades. Estas gentes se ubicaron en los espacios que las urbanizaciones no habían ocupado, dando origen al fenómeno social conocido como “villa de emergencia”. Estos argentinos de varias generaciones en el país fueron en ocasiones menospreciados por los argentinos hijos de los inmigrantes, que los trataron de “cabecitas negras”, mientras ellos se consideraban “europeos trasplantados”.

Esta población que iba engrosando el número de habitantes de los municipios que rodean a la ciudad de Buenos Aires y la enlazan con La Plata, por un lado, y Tigre, por el otro, era una población que aún no había participado en la vida política

del país. Será Perón la figura que ganará ascendiente sobre ellos y se convertirá en su líder.

Perón será el promotor de la llamada “Reforma de 1949”. En efecto, durante su primer gobierno se propondrá el tema de la necesidad de la reforma de la constitución nacional, la que será llevada adelante mediante una argucia en la interpretación del artículo 30, que le permitió al oficialismo ganar la votación en la cámara de diputados.

Esta reforma introduce por primera vez en nuestra carta magna conceptos propios del llamado constitucionalismo social, consagrando derechos de segunda generación como son los derechos de los trabajadores, de la mujer, de la niñez y de la ancianidad. Se permitió la reelección inmediata de presidente y vice; se incorporó el “estado de prevención y alarma” como un resorte exclusivo del ejecutivo que le permitía intervenir en los asuntos de las provincias sin necesidad de pasar por el trámite parlamentario para aprobar una intervención federal; se nacionalizó el subsuelo y todos los recursos energéticos y minerales estratégicos, entre otras medidas. Sancionada la constitución, se dispuso que las provincias también debían actualizar las constituciones locales y se les dio un plazo de 90 días para producirlas.

El régimen peronista daba alguna señal de agotamiento hacia mediados de la década de los 50 y esa situación fue aprovechada por los descontentos con el gobierno peronista o con su caudillo. Se produjo el derrocamiento de Perón en el año 55 y, a partir de allí, entraremos en el período que podemos denominar “de las aberraciones constitucionales”.

Llamaremos “aberraciones constitucionales” a las decisiones políticas tomadas por gobiernos de facto que afectaron a la constitución formal. Gobiernos ilegítimos, surgidos por la fuerza, se arrogaron el ejercicio del poder constituyente en un ejercicio brutal de arrogancia, soberbia e impudicia y decidieron por su propia mano:

- Declarar nula la constitución de 1949.
- Restablecer la constitución de 1853 con sus reformas de 1860, 1866 y 1898.
- Convocar a una convención constituyente para 1957 y aprobar las modificaciones introducidas por esta.
- Establecer los Estatutos de la Revolución Argentina (1966) y del Proceso de Reorganización Nacional (1976) y darles superioridad por sobre la Constitución Nacional.

- Reformar la constitución en 1972.

La Argentina vivió su momento más amargo durante esta época y su análisis supera las expectativas de este trabajo, pero téngase presente que los argentinos se dividieron en bandos o facciones, irreductibles en sus posiciones. En este contexto, el ejercicio de la violencia (tanto real cuanto más aún simbólica) se transformó en una habitualidad de la vida política nacional. Las fuerzas armadas se vaciaron de su contenido y fueron subvertidas por sus propios miembros, los que las transformaron en una opción política más, compitiendo con los mismos partidos políticos por el poder. La larga proscripción al peronismo como partido político llevó a que la resistencia del movimiento peronista se organizará desde el sindicalismo, politizándolo a un grado tal que aún hoy subsiste en alto sentido. La juventud, a falta de opciones que articularan sus intereses, creó sus propios movimientos, algunos de los cuales contemplaban también a la violencia como opción válida para la transformación de la sociedad.

El momento más lamentable de esta etapa es la que corre de los años 1975/76 a 1983.

El Proceso de Reorganización Nacional trató al país como “país ocupado” y convalidó la entrega de la economía nacional, libró una guerra de 70 días con Gran Bretaña y dejó un saldo de 30.000 desaparecidos. El terror se instaló como metodología y las peores barbaries del nazismo y del stalinismo se desarrollaron en los centros clandestinos de detención.

Afortunadamente para la sociedad argentina, la derrota en las Malvinas devolvió el ánimo a la población civil que dejó a un lado el miedo y salió a la calle a exigir un cambio. Terminada la orgía de intolerancia, emergerá, entonces, la última etapa de nuestra historia constitucional.

IX. Séptima etapa

La república recuperó su formalidad a partir de 1983, cuando el régimen establecido en 1976 convocó a las elecciones generales en las que resultó ganadora la fórmula Alfonsín-Martínez. El país que se volcó a las urnas en aquel momento había atravesado más de medio siglo en un contexto de ruptura del orden constitucional y al cabo de la última dictadura su estructura productiva y su crédito internacional se encontraban severamente comprometidos por el proceso de desindustrialización desarrollado desde 1966 (pero especialmente a partir de 1976) y por el crecimiento exponencial de la deuda externa.

El regreso a la institucionalidad no ha sido tarea sencilla para una sociedad lamentablemente habituada a recurrir a la violencia y a la subversión de las

instituciones como mecanismo habitual de intervención política. No obstante, desde el regreso mismo a la democracia se produjeron señales alentadoras:

- Se normalizaron las universidades nacionales.
- Se recuperó la vida sindical.
- Se eliminó la censura desde el COMFER (Comité Federal de Radiodifusión).
- Se resolvió la disputa limítrofe con Chile pacíficamente.
- **Se realizaron los juicios a los comandantes en jefe y se los condenó.**
- Se modernizó la legislación en materia penal y de familia.

Desde la óptica de nuestro análisis, en esta etapa se han producido tanto una reforma a la constitución formal como mutaciones en la constitución material.

En 1993 los líderes de los partidos políticos mayoritarios en ese momento, Carlos Menem por el justicialismo y Raúl Alfonsín por el radicalismo, firmaron el llamado Pacto de Olivos, el cual fue ratificado luego en el Pacto de la Rosada. Por este compromiso se impulsó la reforma a la Constitución Nacional que se llevó a cabo en 1994.

Además de la reelección inmediata para el presidente y vicepresidente, la reforma incluyó una serie de cuestiones importantes:

- Se incorporaron los derechos humanos de tercera generación.
- Se dio encuadre constitucional formal a las garantías de habeas corpus y de amparo.
- Se estableció el bloque de constitucionalidad federal.
- Se incorporaron los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.
- Se establecieron las características del sufragio.
- Se formalizó el papel de los partidos políticos en nuestra sociedad.
- Se acortó el mandato de presidente y vice, así como el de los senadores.
- Se amplió la representación a tres senadores por provincia, los cuales deberán ser electos en forma directa por el voto popular en elecciones abiertas.

- Se creó el Consejo de la Magistratura.
- Se crearon los organismos de control y se establecieron los mecanismos para su implementación.
- Se reconoció a las Malvinas como parte integrante del territorio nacional y se estableció como mandato constitucional procurar su recuperación por las vías pacíficas.
- Se definió el carácter autónomo de los municipios y de la ciudad de Buenos Aires.

Estas son algunas de las cuestiones que se incluyeron en la última reforma a la Constitución Nacional.

Desde el punto de vista de las normas infraconstitucionales, la tarea de legislar y gobernar no se acaba nunca y, de este modo, permanentemente el sistema se expone a la mutación. A modo de ejemplo puede tomarse la falta de solución de la distribución de los recursos fiscales por vía de la coparticipación, o la autolimitación que se impuso al poder ejecutivo por vía del decreto 222/03 en materia de elección de candidatos a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La misma corte ha debido aprender a convivir con una institución nueva como es el Consejo de la Magistratura, y ha asumido un rol que hasta este momento no había cumplido en nuestra historia política: el caso del Riachuelo, el reconocimiento de la CTA, el caso provincia de San Luis son algunos ejemplos.

En materia de contexto internacional, esta etapa se viene desarrollando en el marco del fin de la llamada Guerra Fría a partir de la disolución de la URSS y del llamado mundo unipolar, caracterizado por un orden internacional regido por los EE.UU. y sus aliados. En este mundo, la hegemonía estadounidense es puesta en jaque por el creciente y paulatino crecimiento de la participación internacional de China y por los movimientos islámicos que se desarrollan en la región que abastece al mundo de petróleo.

Este mundo unipolar se ha caracterizado por la aplicación en los estados de las políticas llamadas neoliberales que, impulsadas desde los EE.UU. y la Unión Europea, han condicionado la actuación de los gobiernos en América Latina y nuestro país especialmente.

X. Conclusión

La historia constitucional argentina nos ofrece claros ejemplos de que la sociedad marca rumbos que, hasta que no son interpretados por sus dirigentes,

generan momentos de inestabilidad y zozobra. La sociedad argentina pareciera haber madurado luego de la sexta etapa en que dividimos nuestro camino. En efecto, los alzamientos militares superados en los tiempos de Menem y Alfonsín, la salida institucional a la crisis de 2001 y la recuperación del interés por la cosa pública evidenciada en estos últimos tiempos dan muestras de algún avance de la institucionalidad, en el sentido expresado.

Parece, por otro lado, una constante a lo largo de los períodos analizados que nuestra sociedad no disculpa la falta de decisión ni de resolución en aquellos que acceden a los cargos de mayor responsabilidad. Será un desafío, en nuestro futuro cercano, generar herramientas que permitan articular con mayor fluidez las relaciones entre la sociedad civil y las autoridades que ella misma ha elegido en un camino de ampliación de ciudadanía e inclusión social.

XI. Bibliografía

Álvarez, J. (1987). *Las guerras civiles argentinas*. Buenos Aires: EUDEBA.

Bidart Campos, G. (2009). *Manual de la Constitución Reformada*. Buenos Aires: Ediar.

Binayán, N. (comp.) (1960). *Ideario de Mayo*. Buenos Aires: Kapelusz.

Cárcano, M. A. (1986). *Sáenz Peña: la revolución por los comicios*. Buenos Aires: Hyspamérica.

Carnota, W. (dir.) (2005). *Derecho Federal. Sus implicancias prácticas*. Buenos Aires: Grün.

Chiaromonte, J. C. (1995). El federalismo argentino en la primera mitad del siglo XIX. En M. Carmagnani (coord.), *Federalismos latinoamericanos: México / Brasil / Argentina* (pp. 81-132). México: FCE.

Ciria, A. (1986). *La década infame. Partidos políticos y poder*. Buenos Aires: Hyspamérica.

Dalla Via, A. R. (2009). *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Díaz, B. (1974). *Rosas, Buenos Aires y la organización nacional*. Buenos Aires: El Coloquio.

Di Tella, T. S. (1998). *Historia Social de la Argentina contemporánea*. Buenos Aires: Troquel.

Ekmedjian, M. A. (2009). *Manual de la Constitución Argentina*, 6ª ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina.

Fayt, C. (2007). *El efectivo cumplimiento de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires: La Ley.

Fayt, C. (2010). *Historia del pensamiento político*. 2ª ed. Buenos Aires: La Ley.

Floria, C. A. y García Belsunce, C. A. (1985). *Historia de los argentinos*. Buenos Aires: Kapelusz.

Gallo, E. y Cortés Conde, R. (1988). *Historia argentina 5. La república conservadora*. Buenos Aires: Paidós.

Gangemi, M. (2016). *Jorge Novak: pastor de las periferias de la historia*. Buenos Aires: Ciudad Nueva.

Gorostegui de Torres, H. (1987). *Historia Argentina 4. La organización nacional*. Buenos Aires: Paidós.

Halperin Donghi, T. (1987). *Historia Argentina 3. De la revolución de independencia a la confederación rosista*. Buenos Aires: Paidós.

Halperin Donghi, T. (1987). *Revolución y guerra: la formación de una élite dirigente en la Argentina criolla*. 2ª ed. Buenos Aires: Siglo XXI.

Halperin Donghi, T. (1985). *Tradición política española e ideología revolucionaria de Mayo*. Buenos Aires: Centro editor de América Latina.

Halperin Donghi, T. (1984). *Una nación para el desierto argentino*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.

Hernández, A. M. (coord.) (2008). *Derecho Público Provincial*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina.

López, R. (2010). *La Revolución de Mayo: entre el monopolio y el libre comercio*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo.

López Rosas, J. R. (2006). *Historia Constitucional Argentina*, 5ª ed. Buenos Aires: Astrea.

Manilli, P. L. (2010). *El pensamiento constitucional argentino (1810-1930)*. Buenos Aires: Errepar.

Manili, P. L. (2016). *Constitucionalismo Social*. Buenos Aires: Astrea.

Murmis, M y Portantiero, J. C. (1987). *Estudios sobre los orígenes del peronismo*, 5ª ed. Buenos Aires: Siglo XXI.

Nino, C. S. (1992). *Un país al margen de la ley*. Buenos Aires: Emecé.

Oszlak, O. (1997). *La formación del Estado argentino. Orden, progreso y organización nacional*. Buenos Aires: Planeta.

Pérez Guilhou, D. (1966). *Las ideas monárquicas en el Congreso de Tucumán*. Buenos Aires: Depalma.

Pérez Lindo, A. (1985). *Universidad, política y sociedad*. Buenos Aires: EUDEBA.

Pitlevnik, L. G. (2012). *Universidad y conflictividad social: aportes desde la enseñanza del derecho*. Buenos Aires: Didot.

Sampay, A. E. y Barba, E. M. (1975). *Rosas*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.

San Martino de Dromi, L. (1994). *Documentos constitucionales argentinos*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.

Scobie, J. R. (1979). *La lucha por la consolidación de la nacionalidad argentina. 1852-1862*. Buenos Aires: Hachette.

Souto, N. (2016). La idea de unidad en tiempos del Congreso de 1816-1819. *Anuario del Instituto de Historia Argentina*, 16 (1), e003. Recuperado de <https://www.anuarioiha.fahce.unlp.edu.ar/article/view/IHAv16n1a03/7258>

Torres Molina, R. (2008). *Historia Constitucional Argentina. Estudio histórico sobre la génesis política y jurídica de la Constitución de 1853*. La Plata: Scotti.

Torres Molina R. (1988). *Unitarios y federales en la historia argentina*. Buenos Aires: Contrapunto.

Waldmann, P. (1986). *El peronismo 1943-1955*. Buenos Aires: Hyspamérica.

Zorraquín Becú, R. (1981). *El federalismo argentino*, 4ª ed. Buenos Aires: Perrot.

Zuccherino, R. M. (2007). *Historia Constitucional Argentina. Basada en la teoría tripartita del sujeto historiográfico*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina.

Fecha de recepción: 10-02-2020

Fecha de aceptación: 20-06-2029

El paradigma neoliberal de gobierno: precarización, inmunidad y control

POR CANDELA DE LA VEGA(*) Y MARÍA ALEJANDRA CIUFFOLINI(**)

Sumario: I. Introducción.- II. Estado de inseguridad: gestión de desigualdades, riesgo y creatividad/consumo.- III. El estado vigilante.- IV. Reflexiones finales: inmunidad, política y derecho.- V. Bibliografía.

Resumen: situadas desde la preocupación por la gubernamentalidad neoliberal, este artículo parte de la pregunta sobre cómo es que se gobierna, a través de qué procesos y relaciones el gobierno se vuelve posible. A partir de resultados de estudios previos, pretendemos articular una respuesta a tal pregunta, desde las coordenadas actuales de nuestras desiguales sociedades latinoamericanas. Así, sostenemos que las formas de gobierno actuales dan origen a lo que ya Lorey llamó un *Estado de Inseguridad*, que se basa en un campo de apropiación individual de beneficios y de socialización de daños para crear un escenario de producción y gestión de la precariedad. Pero como la policéfala Hidra de Lerna de la mitología griega, ese *Estado de Inseguridad* tiene como segunda cabeza un *Estado Vigilante*, que despliega una cada vez más densa vigilancia del espacio público y cada vez

(*) Doctora en Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires (UBA). Magíster en Administración Pública, Universidad Nacional de Córdoba (UNC) y Lic. en Ciencia Política, Universidad Católica de Córdoba (UCC). Investigadora de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Universidad Católica de Córdoba. Becaria Posdoctoral del CONICET. Prof. de Teoría Política Contemporánea y de Análisis de Políticas Públicas, Universidad Católica de Córdoba. Desde 2004 integra el Equipo de Investigación "El llano en llamas".

(**) Posdoctora, Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Doctora en Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires (UBA). Magíster en Administración Pública, Universidad Nacional de Córdoba (UNC) y Lic. en Relaciones Internacionales, Universidad Católica de Córdoba (UCC). Investigadora de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Universidad Católica de Córdoba. Prof. de Teoría Política Contemporánea y Epistemología de las Ciencias Sociales, Universidad Católica de Córdoba y de Sociología Jurídica, Universidad Nacional de Córdoba. Prof. de diversos programas de posgrado.

más preciso el control sobre los movimientos de los individuos, lo que delimita nuevas coordenadas para lo común o lo colectivo.

Palabras claves: neoliberalismo - gubernamentalidad - precarización - vigilancia

The neoliberal paradigm of government: precariousness, immunity and control

Abstract: *located from the preoccupation about neoliberal governmentality, this article starts from the question of how we are governed, through which processes and relationships government becomes possible. Based on the results of previous studies, we intend to articulate an answer to this question, from the current coordinates of our unequal Latin American societies. Thus, we maintain that the current forms of government give rise to what Lorey already called a State of Insecurity, which is based on a field of individual appropriation of benefits and socialization of damages to create a scenario of production and management of precariousness. But like the polycephalous Hydra of Lerna in Greek mythology, that State of Insecurity has as its second head a Vigilant State, which deploys an increasingly dense surveillance of public space and more and more precise control over the movements of individuals, what that delimits new coordinates for the common or the collective.*

Keywords: *neoliberalism - governmentality - precarization - surveillance*

I. Introducción

El paradigma moderno de la política erigió al tema de la soberanía, el poder y el derecho en el núcleo del hacer político, y en ellos enraizó las posibilidades de la emancipación. En ese marco, la gubernamentalidad —el arte de gobernar, es decir, el conjunto de prácticas tendientes a poner límites al campo de acciones posibles para hombres y mujeres— se desplegaba intrínsecamente ligada a dispositivos de representación —ideológicos, principalmente— que diagramaban la modalidad de ejercicio del poder, de la relación entre gobernados y gobernantes, de constitución de las relaciones políticas y de la forma Estado.

Ese orden de representación es el que la racionalidad neoliberal ha disuelto a través de la suplantación de la política y sus categorías clásicas, por ejemplo, las de ciudadanía, derechos o soberanía. En su lugar, la racionalidad neoliberal proyecta el espacio configurativo del orden político desde la utilidad, esto es, la maximización del interés en las distintas esferas de la vida social (Brown, 2015; Ciuffolini, 2017a; De Lagasnerie, 2015; Laval y Dardot, 2013).

Dicha transfiguración trae consigo, por un lado, un aspecto muy estudiado actualmente que es la nueva configuración subjetiva. Asumiendo que gran parte de

la fuerza del capitalismo reside en su capacidad de articular una organización de la producción de bienes y servicios con la producción de subjetividades, distintos análisis ubican el reemplazo del *sujeto de derecho* en *sujeto de interés* (1) como supuesto de las estrategias de gobierno neoliberales. Pero, por otro lado, en una perspectiva más amplia, la gubernamentalidad neoliberal exige abrir el campo para descubrir una modulación de las relaciones políticas entre gobernados y gobernantes y de la forma Estado. Es que, siguiendo a Foucault (2006), el Estado siempre es una resultante de la forma de gobernar que caracteriza, históricamente, a una sociedad y a una época. De ahí la importancia metodológica por responder, en primer lugar, a la pregunta sobre cómo es que se gobierna, a través de qué procesos y relaciones el gobierno se vuelve posible.

Este artículo pretende articular una respuesta a tal pregunta desde las coordenadas específicas de nuestras sociedades latinoamericanas actuales. La principal tesis que sostenemos es que, articulados a partir de un poder concebido como norma oblicua destinada a reconducir escenarios estratégicos, las formas de gobierno actuales dan origen a lo que ya Lorey (2016) llamó un *Estado de Inseguridad*, que se basa en un campo de apropiación individual de beneficios y de socialización de daños para crear un escenario de producción y gestión de la precariedad. Pero como la policéfala Hidra de Lerna de la mitología griega, ese *Estado de Inseguridad* tiene como segunda cabeza un *Estado Vigilante*, que despliega una cada vez más densa vigilancia del espacio público y cada vez más preciso el control sobre los movimientos de los individuos, lo que delimita nuevas coordenadas para lo común o lo colectivo.

Metodológicamente, estas afirmaciones teóricas se sustentan en los resultados de más de 15 años de investigación del equipo de investigación “El Llano en llamas” (2). Especialmente en los últimos años, nuestros trabajos previos vienen mostrando que la expansión del orden neoliberal nos situó frente a un nuevo repertorio de conceptos y formas de percepción en relación al mercado; a las formas

(1) En general, estos estudios se basan en la afirmación de Foucault (2007) de que el sujeto de interés “desborda al sujeto de derecho” (p. 315), “el primero acepta la limitación, la obediencia a la ley; mientras que el segundo no renuncia jamás a su interés, no detiene el proceso de maximización de su utilidad en nombre de exigencias presentadas como superiores” (p. 334-335).

(2) El equipo de investigación “El llano en llamas” es un equipo que trabaja en la Universidad Católica de Córdoba (UCC) y en la Universidad Nacional de Córdoba (UNC) desde el año 2004 con análisis sobre conflictos y luchas sociales contemporáneas. Desde el año 2019, la Secretaría de Investigación de la Universidad Católica de Córdoba (UCC) acreditó y financió el proyecto denominado “La racionalidad neoliberal, el gobierno de la vida y la reconfiguración de lo común como espacio de resistencia en Argentina, 2002-2017” (Res. N° 1363/19). A su vez, desde el año 2018 la Secretaría de Ciencia y Técnica (SECyT) de la UNC también aprobó el proyecto denominado “Precarización, gobierno de la vida y resistencias. Un estudio de los conflictos políticos y sociales en Córdoba” (Res N° 411/2018).

de intervención del Estado y su sentido de legitimidad; a la propiedad de uno mismo, de nuestro cuerpo y de los cuerpos otros; de los territorios y de la naturaleza, de las maneras de vivir, producir y re-producirnos; y, finalmente, de las formas de subjetividad política (3). Integrando y retomando estos resultados es que pudimos encontrar ciertas regularidades en la estrategia gubernamental y es en ese sentido que podemos hablar de una racionalidad neoliberal de gobierno que se despliega en nuestras sociedades latinoamericanas del siglo XXI, atravesadas por una histórica pero renovada matriz capitalista y un modelo de desarrollo que actualiza las dinámicas del colonialismo extractivo y predatorio.

Este artículo se organiza en dos apartados principales. En el primero desarrollamos la primera de estas cabezas, el *Estado de Inseguridad*. En el segundo apartado, el *Estado Vigilante*. Finalmente, ofrecemos algunas reflexiones finales de cara a desandar caminos de resistencia, solidaridad, democracia e igualdad.

II. Estado de Inseguridad: gestión de desigualdades, riesgo y creatividad/consumo

Coincidimos con algunos autores (Fraser, 2017; Lazzarato, 2015 y 2013; Lorey, 2016; de Lagasnerie, 2015) en que, alrededor del mundo, y desde la década de 1970, el capitalismo comenzó a organizarse en una escala global a partir de una lógica neoliberal que, basada en la generalización del mercado, la utilidad y la competencia, reestructuró transversalmente el gobierno de las relaciones sociales. El orden neoliberal no es una alternativa al capitalismo, es una manera de “hacerlo funcionar” (Foucault, 2007, p. 111). Laval y Dardot (2013) afirman que, justamente, el neoliberalismo es tanto más resiliente mientras más excede la esfera mercantil y financiera donde reina el capital, produciendo así una suerte de parámetro de interpretación para una multiplicidad de situaciones de vida. Más aún, explica de Lagasnerie (2015), por esta disposición transversal, la lógica neoliberal actúa hoy como factor de erradicación de los clásicos clivajes teóricos y políticos —socialismo/capitalismo; derecha/izquierda; por caso—. En lugar de “desencadenar una multiplicidad de interpretaciones contradictorias, genera sentimientos análogos en personas (o discursos) de las que habría cabido esperar la adopción de posiciones alejadas y hasta opuestas” (de Lagasnerie, 2015, p. 14) (4).

(3) Remitimos, especialmente, a los siguientes resultados de estudios previos: de la Vega *et. al.* (2020), de la Vega (2020; 2019; 2017; 2010); Ciuffolini (2017a y 2017b); Ciuffolini y de la Vega (2019); Avalle (2017); Azarian, Villegas y Whitney (2017); Azarian (2016); Saccucci (2018). Otros resultados pueden consultarse en www.llanocordoba.com.ar

(4) Laval y Dardot (2013) agregan que el neoliberalismo es mucho más que una ideología partidaria: el neoliberalismo, cuando inspira políticas concretas, se niega a sí mismo como ideología porque es la *razón* misma. En consecuencia, políticas muy parecidas pueden recibir moldes distintos (con-

Por esta capacidad de instituirse como forma de vida —sin que importe demasiado la forma del régimen político—, América Latina es el espacio social donde el neoliberalismo adquirió las notas más radicales si consideramos los impactos en la reorganización del Estado, el mercado, la política y la sociedad. El escenario latinoamericano del siglo XXI muestra con claridad el efecto devastador de varias décadas de aplicación y vigencia de la matriz capitalista y neoliberal: disminución del PBI (5), concentración de riqueza, aumento de la deuda externa, inestabilidad económica e institucional y la consolidación de un modelo de desarrollo que actualiza las dinámicas del colonialismo extractivo y predatorio (Acosta, 2016; Azamar Alonso y Carrillo González, 2017; Composto y Navarro, 2014; Gago y Mezzadra, 2015). Particular mención merece la intensificación del patrón de desigualdad social, cuyas dimensiones determinantes exceden los ingresos y el nivel socioeconómico, y, como sugiere CEPAL incluye:

- a) las desigualdades de género; b) las desigualdades étnicas y raciales; c) las desigualdades relacionadas con el ciclo de vida (especialmente en la infancia, la juventud y la vejez), y d) las desigualdades territoriales (entre las zonas rurales y urbanas y entre las distintas regiones de cada país). Se señala también que esas diversas dimensiones con frecuencia se encadenan, se entrecruzan y se potencian entre sí, afectando en forma particular a determinados grupos de población, como las mujeres indígenas y las mujeres afrodescendientes (CEPAL, 2016, p. 11).

En este escenario general, la tesis que sostenemos en este apartado es que la racionalidad neoliberal se desenvuelve patentemente como gestión diferencial de las desigualdades en un marco general más general de gobierno que instituye la inseguridad como preocupación principal de los sujetos.

Comenzar a explicar lo anterior supone partir de considerar una serie de desplazamientos y rupturas con el paradigma bienestarista del Estado Social. Tal como ya advertimos en un artículo previo (Ciuffolini, 2017a), este paso de una racionalidad a otra no es algo inmediato, ni lineal. Al contrario, es un proceso con marchas y contra marchas, en las que ambas se solapan y se tensionan. Incluso los efectos específicos de la racionalidad neoliberal se modulan en ese espacio abierto por las tensiones y las disputas del presente.

servadores, tradicionalistas, modernistas, republicanas, en función de las situaciones y los casos), poniéndose así de manifiesto su extrema plasticidad.

(5) Según la CEPAL (2020), la región viene registrando una trayectoria de bajo crecimiento desde fines de la década de 1970. Una comparación histórica por década muestra que el período 2010-2019 es el de menor crecimiento de la región en siete décadas: entre 2010 y 2019 la tasa de crecimiento del PIB regional disminuyó del 6% al 0,1%.

¿De qué desplazamientos estamos hablando? En primer lugar, de la suspensión de la igualdad como principio regulador y compensador de los desequilibrios e inequidades del mercado. Como modo de gobierno de una específica configuración capitalista, las instituciones protectoras del Estado de Bienestar, apoyadas en el principio de la igualdad, exigían formas de redistribución de recursos —económicos y políticos— tuteladas por el Estado y, a menudo, positivamente especificados bajo la forma de derechos. El progresivo desmantelamiento de tales instituciones significó, tal como sugiere Dávila (2018), la disfuncionalidad de esa forma de gobernar en relación a las formas de acumulación capitalista global. Decíamos en un artículo previo (Ciuffolini, 2017a) que si la política de bienestar puede resumirse en el diseño de contrapesos o compensaciones a procesos económicos salvajes respecto a los cuales se admite que, en sí mismos, van a inducir efectos de desigualdad y provocar perjuicios sociales que pueden resultar destructivos y desestabilizadores; ahora, se trata de introducir el principio de mercado como regulación de la sociedad, unificando así los más diversos regímenes de existencia. Ello implica que la lógica de la competencia se proyecte ya como dimensión epistemológica —es decir, como umbral de inteligibilidad para las acciones individuales y colectivas—, ya como una dimensión ética —es decir, un estándar de evaluación de conductas— (Foucault, 2007).

Que la estrategia gubernamental se sienta sobre un individuo que compite a través de la inversión en sí mismo no implica que se abandone “lo social” como ámbito de ejercicio del gobierno. Pero ya no será la desigualdad sino la pobreza lo que permite recortar el segmento social al que atenderá el Estado (Dávila, 2018; Laval y Dardot, 2013). En el marco neoliberal, la pobreza es considerada el resultado de las “dificultades” que enfrentan algunos grupos para acumular, en sí mismos, diversas formas de capital (por ejemplo, la dificultad de no invertir de manera suficiente en el propio capital humano a través de la educación). Es que el neoliberalismo rechaza la idea de la protección indiscriminada de todos los ciudadanos y ciudadanas y exalta el valor de la “lucha personal”. Si el éxito o el fracaso personal son interpretados como virtudes empresariales o fallas personales, se comprende que, más que esfuerzos de redistribución, se trata de “capacitar emprendedores”; más que solidaridad y compromiso cívico, se trata de “ayudar” a poblaciones específicas.

El segundo desplazamiento nos sitúa frente al primado de la libertad —entendida en la fórmula neoliberal de ausencia de coacción (Gray, 1994; Hayek, 2008)— como único principio regulador del orden social y la reproducción capitalista. Ello se corresponde con la configuración de un individuo “imbatible” o “resiliente” (6),

(6) El término fue acuñado por Emmy Werner y Ruth Smith en su libro “Vulnerable but Invencible. A Longitudinal Study of Resilient Children and Youth”, en 1955.

cuya cualidad es la elasticidad, la plasticidad, la autorregulación; o, en otras palabras, su capacidad de enfrentar y adaptarse a cualquier tipo de circunstancias adversas. Un individuo capaz de imaginar un mundo feliz a pesar del sufrimiento, pareciera ser el imperativo de la época (7). Pero, librados cada vez más a sus propios recursos y a su propia sagacidad, los individuos se ven obligados a idear gestionar soluciones individuales frente a problemas generados socialmente. Como explica Lazzarato (2013), el trabajo y el trabajo sobre sí mismo, reduce este último a una exhortación a ser, uno o una, su propio patrón o patrona, en el sentido de “hacerse cargo” de los costos y los riesgos que la empresa y el Estado externalizan en la sociedad.

Explica el mismo autor que

La promesa de lo que ‘trabajo sobre sí mismo’ debía aportar al ‘trabajo’ en términos de emancipación (goce, realización, reconocimiento, experimentación de formas de vida, movilidad, etc.) se ha invertido, para transformarse en el imperativo de hacer propios los riesgos y los costos que ni las empresas ni el Estado quieren asumir (Lazzarato, 2013, p. 108).

La paradoja de este individuo imbatible es que se configura en un contexto en el que la inseguridad es una condición existencial generalizada. Los cambios que producen las regulaciones a favor del libre desarrollo del interés y la utilidad tienen como correlato la intensificación de la fabricación de riesgos universalizados, ya se trate del cambio climático, de los virus biológicos y/o informáticos, del contagio bursátil o del terrorismo. Esta dinámica de apropiación individual de beneficios y socialización de daños no es algo novedoso: ha sido la mecánica histórica del capitalismo. La apropiación individual de beneficios y socialización de daños es el sustrato sobre el que se asienta de manera renovada la acumulación capitalista, mas su particularidad en el presente es el alcance de la destrucción y su inmediatez.

Para entender lo anterior es necesario atender el hecho de que, bajo el orden neoliberal, las energías de los individuos están dispuestas en dos sentidos. Primero, en la creatividad que requiere el despliegue e invención de estrategias de vida para sobrevivir, o para resistir; segundo, la satisfacción inmediata frente a la incertidumbre, que se expresa en el crecimiento exponencial de las dinámicas de consumo, convertido en clave para la movilización de un capitalismo impulsado por

(7) No obstante, como dice Torres (2019) la felicidad se promueva en casi todos los escenarios sociales, aun cuando el sujeto actual vive en la más profunda crisis experiencial y existencial: la felicidad parece una nueva promesa mesiánica en cuya búsqueda, el sujeto contemporáneo parece haberse perdido.

la demanda y las necesidades del consumidor (Lazzarato, 2015; Harvey, 2020) (8). En esta dinámica ineludible que exige de los individuos “resistencia-creatividad-consumo” se anclan los más novedosos procesos de extracción de valor para el capital y, al mismo tiempo, el sustrato que promueve la singularidad individual y la diferenciación social a partir de un arte de vivir y sobrevivir. A su vez, la exaltación de la diferencia y de la singularidad propicia un nuevo modo de clasificación que da cuenta de un patrón inestable y móvil, en el que grupos e individuos se ordenan como incluidos o excluidos. Pero devenir excluido no es ya una condición para grupos determinados, sino una condición potencial para cualquiera. La posibilidad de la exclusión es entonces un problema para los otrora “protegidos” por el Estado en el capitalismo bienestarista. La novedad es que la precariedad es ahora un devenir plausible para los sectores medios —pues los pobres han revestido esa condición desde siempre— y para los individuos sin distinción.

En palabras de Lorey (2016)

Ser considerado como alguien que pertenece a un interior o a un exterior, o considerarse tal, no es para Castel una disyuntiva, sino más bien un camino procesual entre zonas. Antes que un límite estricto, imagina una especie de umbral de ambivalencia entre inclusión y exclusión, entre la ‘zona de integración’ y la de ‘desafiliación’. La ‘zona intermedia, inestable’ es la de la ‘precariedad’, la inseguridad y la fuente de peligro. La ‘precariedad’ corresponde a una nueva forma de inseguridad que cabe atribuir al desmoronamiento y la disolución de las estructuras protectoras que se habían desarrollado dentro de la sociedad del trabajo asalariado. Por consiguiente, cabe hablar (...) de una inseguridad que continúa viéndose rodeada y penetrada por estructuras de protección (pp. 64-65).

Lazzarato (2013), Harvey (2020) y Hardt y Negri (2020) coinciden que esta precarización es el nuevo nombre de una antigua realidad: la proletarización a gran escala. La resistencia para sobrevivir, la creatividad y la singularidad son el lugar de anclaje de la extracción de valor en la gestión diferencial de las desigualdades bajo la racionalidad neoliberal. Pero la precarización generalizada también forma parte de los mecanismos a partir de los cuales se despliega la violencia y/o se normaliza a los individuos. Es que, cuando la inseguridad es la norma para los

(8) Harvey (2020) afirma que entre el 70 y el 80% de las economías capitalistas están movidas por el consumo y advierte cómo se han estrellado, con la actual crisis epidemiológica por COVID 19, los modos de consumismo que explotaron después de 2007-8, especialmente para sectores como el turismo, hotelería y transporte aéreo. El consumo, según Lazzarato (2013), forma parte de unos de los principales mecanismos en los que se asienta la economía de la deuda, como motor económico y subjetivo de la economía contemporánea.

sujetos, se prepara el terreno para la necesidad de regulación y de inmunización ante el riesgo.

III. El Estado vigilante

Pero la gestión neoliberal de los individuos y las poblaciones combina precariedad con un paradigma inmunitario del ejercicio del gobierno que habilita el despliegue de estrategias de control. La imbricación entre política y biología o derecho y biología, es un proceso que ya lleva más de tres siglos. Tal como dice Foucault (2008), el mismo ha constituido el cimiento de la arquitectura político-jurídica moderna y sus modulaciones a lo largo del tiempo han dado lugar tanto a regímenes totalitarios y trágicos, como al despliegue de un orden jurídico democrático, que nos resguarda y limita la arbitrariedad del poder. En uno y otro sistema —aunque de manera diferenciada— anida la idea de inmunidad como paradigma de la relación entre individuo y comunidad (Espósito, 2011).

En los regímenes totalitarios, inmune no remite necesariamente a una polaridad semánticamente contraria al léxico de la comunidad, como afirma Espósito (9). En ellos la constitución de lo común (raza, religión, ideología, nación, etc.) es la condición a partir de la cual se inmuniza una parte del cuerpo social frente a “otros” peligrosos, que pueden ser desafiados o exterminados arbitrariamente. En la métrica de la racionalidad neoliberal, el movimiento es inverso: el individuo se inmuniza de lo común y lo colectivo. Esa tendencia hacia la atomización desconoce la condición de extrema interdependencia entre los seres vivientes, y por lo tanto sus efectos en la comunidad son catastróficos (10). Sin embargo, en ambos regímenes, encontramos un devenir similar de los paradigmas inmunitarios: la limitación de las libertades impuesta por los gobiernos se acepta en nombre de un deseo de seguridad que ha sido inducido por los mismos gobernantes, que intervienen activamente para satisfacerlo. Así, la excepción se convierte en regla y las instancias de coordinación o cooperación se activan frente a la amenaza, se trate de un desastre natural, un virus informático o biológico de alcance global, el contagio en las bolsas a nivel internacional, el terrorismo, etc. La amenaza es la

(9) Según Espósito (2020), el término “viral” indica una contaminación biopolítica entre diferentes lenguajes —políticos, sociales, médicos, tecnológicos— unificados por el mismo síndrome inmune, entendido como una polaridad semánticamente contraria al léxico de la comunidad.

(10) En este sentido, los desarrollos de Foucault (2007) sobre la biopolítica como estrategia gubernamental del liberalismo nos advierten que el concepto de “población” —objeto de la biopolítica— define un colectivo compatible con la idea de liberal de sociedad integrada por individuos calculadores y maximizadores de beneficio, en la medida en que lo que articula a los individuos son las características inherentes a su condición biológica y sus ciclos vitales —nacimiento, enfermedad, reproducción, muerte—, mas no el compromiso cívico con una comunidad de pertenencia o el vínculo identitario o nacional.

condición o circunstancia que los gobiernos esgrimen para activar mecanismos de cooperación y/o coordinación, en el contexto de una racionalidad neoliberal que trabaja desde las premisas del individualismo y el orden espontáneo.

La crisis epidemiológica mundial en curso es el mejor ejemplo de ello. Ante la naturaleza del riesgo, los Estados nacionales intentan hacer frente a la situación epidémica que exige, para evitar aún más los bloqueos y alteraciones en la continuidad del flujo de capital que tendrían, modificar el estilo y los actos del poder. Como señala Badiou, el Estado debe imponer, no solamente a las masas populares sino también a la clase capitalista, restricciones importantes para salvar al capitalismo local: “guerra o epidemia, el Estado es obligado, incluso yendo más allá el juego normal de su naturaleza de clase, a aplicar prácticas tanto más autoritarias como más globales para evitar una catástrofe estratégica” (2020, p. 74). El paradigma inmunitario aquí se descifra en aquellas intervenciones que, aunque forzosas, intrusivas, autoritarias o, incluso, ilegales, se justifican como reparadoras: lo que es a la vez un veneno, puede ser una cura.

Pero antes de este escenario de crisis epidemiológica, ya nos encontramos con un abanico de tecnologías con las que el poder gestiona la “amenaza” y que también se caracterizan por una filosofía social que tiene como base la indemnización. En esta línea se encuentran, por ejemplo, en Argentina:

- Las políticas destinadas a morigerar los efectos de la exclusión y desafectación social: programas como la AUH (Asignación Universal por Hijo), Argentina Trabaja, entre otros, administran la inclusión a partir de una cuota mínima de acceso al consumo como instancia filiatoria.
- Los programas destinados a paliar los efectos del desempleo y que suponen la adquisición de destrezas y conocimientos para un mercado altamente competitivo, fluctuante y expulsivo (11).
- Los programas de lucha contra la delincuencia que, tomando los criterios de la epidemiología y la prevención, vuelven cada vez más densa la vigilancia del espacio público y cada vez más preciso el control sobre los movimientos de los individuos.

Una gestión diferencial de la desigualdad exige, por un lado, un orden espacial enteramente transparente, en el que se visibilizan completamente las jerarquías,

(11) Los programas de capacitación para el empleo desarrollados desde mediados de los años 90 e intensificados post crisis del 2001 dan cuenta de esta condición. Y no estamos hablando solamente de programas de ejecución nacional, sino en todos los niveles. Por ejemplo, en la provincia de Córdoba, el “Programa Primer Paso”, el “Primer Paso Aprendiz”, “Por mí”, “Córdoba por ellas”, entre otros.

pertenencias, localizaciones y diferencias de su población, que requiere de ciertas condiciones securitarias para su producción y reproducción. Ello nos remite a un creciente proceso de vigilancia del espacio (público-privado); combinado con los más variados mecanismos regulatorios, de control y disciplinamiento (que van desde la instalación de cientos de cámaras de seguridad, cercamiento de zonas rojas o calientes, hasta la aplicación constante de, por ejemplo, “códigos de convivencia ciudadana” sobre una población cada vez más indefensa y con menos derechos civiles y políticos). Con ello, la persecución del “otro” pasa a normalizarse y se vuelve parte del tejido cotidiano de la existencia.

Han señala, justamente, que la estrategia asiática para enfrentar al virus COVID-19 apostó fuertemente por la vigilancia digital (12), que colabora, simultáneamente, con el sinsentido de concebir el orden político desde la existencia de una —inviolable— esfera privada, y con la reducción del único sentido que puede adquirir el espacio público como espacio posible y pasible de ser vigilado. Precisa el autor:

Toda la infraestructura para la vigilancia digital ha resultado ser ahora sumamente eficaz para contener la epidemia. Cuando alguien sale de la estación de Pekín es captado automáticamente por una cámara que mide su temperatura corporal. Si la temperatura es preocupante todas las personas que iban sentadas en el mismo vagón reciben una notificación en sus teléfonos móviles. No en vano el sistema sabe quién iba sentado dónde en el tren (...). Entonces la vida puede llegar a ser muy peligrosa (Han, 2020, pp. 100-101).

El espacio, en general, y la ciudad, en particular, que se organiza con estos principios teje la otra plataforma oscura de la racionalidad neoliberal: el *Estado Vigilante*. Este asume casi exclusivamente el ejercicio de mantener a raya a los sectores potencialmente peligrosos, es decir, los pobres en general, pero a quienes se organizan y resisten en particular. *Estado vigilante* y *Estado de (in)Seguridad* controlan y equilibran un umbral, ese punto o ese grado en donde la precarización y la vigilancia pueden transformarse en rebelión. En palabras de Butler:

Esta forma particular de poder prepara el terreno para crear la necesidad de seguridad como ideal político máximo, un ideal que sirve para acumular poder dentro del Estado y de las instituciones empresaria-

(12) Señalando una discusión sobre las posibilidades de reestructuración de la economía global en torno a las últimas innovaciones digitales, Morozov (2019) dice que “Silicon Valley sigue siendo un poderoso laboratorio de nuevas, y quizá mejores, soluciones de mercado. Ningún otro sector tiene un papel tan destacado en el horizonte del imaginario capitalista occidental, ni ofrece un campo tan prometedor de mitologías regeneradoras” (2019, p. 35).

les a la par que produce un nuevo tipo de sujeto. Las poblaciones se definen ahora, no por la crítica y la resistencia, sino por su necesidad de paliar su inseguridad y, por ende, de valorizar formas de policía y control estatal, promesas de inversión global e instituciones de gobernanza global (2016, p. 14)

IV. Reflexiones finales: inmunidad, política y derecho

El escenario abierto a nivel global y local por la racionalidad neoliberal da lugar a un modo de gobernanza que se organiza a partir de riesgos universalizados y la cooperación por amenaza, lo cual se traduce en un claro debilitamiento del Estado de Derecho y los órdenes democráticos. Como bien dice Esposito: “desde el punto de vista legal, el decreto de urgencia, que se ha aplicado durante mucho tiempo, incluso en los casos en que no sería necesario, empuja la política hacia procedimientos excepcionales (...)” (2020, párr. 2). La suspensión de garantías y derechos para individuos y grupos sociales se expresa como un modo de gestión corriente en el mundo contemporáneo y agita los fantasmas del autoritarismo.

Perpetrándose en nombre de la libertad y la justicia, una condición política verdaderamente nociva se instala ahí donde el lenguaje de la seguridad, tanto física como económica, se presenta como un juego en el que lo que unos ganan es directamente proporcional a lo que otros pierden. En este escenario, el ejercicio de la violencia consiste en procesos degradantes dirigidos a invalidar la seguridad y los derechos que merecen ciertas vidas y estilos de vida.

En este escenario, urge reinventar el orden desde un paradigma político, jurídico y económico centrado en la solidaridad, la democracia, la diversidad y la igual valía de todas las vidas. La desigualdad y el miedo conducen —como muestra la historia— a la guerra y/o al totalitarismo. Frente a este peligro inminente, la política democrática —que se gesta en las luchas sociales que promueven un empoderamiento colectivo— es el único resguardo frente a los poderes totalizantes de las tecnocracias y sus elites.

V. Bibliografía

Acosta, A. (2016). Maldiciones, herejías y otros milagros de la economía extractivista. *Tabula Rasa*, 24 (pp. 25-55).

Avalle, G. (2017). Técnicas de gubernamentalidad y degradación de derechos. Análisis de programas laborales en Argentina. *Sudamérica*, 1(6) (pp. 114-136).

Azamar Alonso, A. y Carrillo González, G. (2017). Extractivismo y deuda ecológica en América Latina. *Luna Azul*, 45 (pp. 400-401).

Azarian, F. (2016). Neoliberalismo y Biopolíticas. Resistencias carreras en Córdoba. *Anuario XVI del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba*. Córdoba: La Ley.

Azarian, F.; Villegas Guzmán, S. M. y Whitney, L. (2017). *Judicializar, institucionalizar, formalizar: el estado frente a las luchas por la tierra en Córdoba (Argentina)*. XVIII Congreso Nacional y VIII Latinoamericano de Sociología Jurídica “Nuevos contextos en América Latina, derechos y sociedades en crisis. Tendencias y alternativas” (Mendoza, 11, 12 y 13 de octubre).

Badiou, A. (2020). Sobre la situación epidémica. En P. Amadeo (comp.), *Sopa de Wuhan* (pp. 67-78). La Plata: ASPO.

Brown, W. (2015). *El pueblo sin atributos: la secreta revolución del neoliberalismo*. Barcelona: Malpaso.

Butler, J. (2016). Prefacio. En I. Lorey, *Estado de inseguridad. Gobernar la precariedad*. Madrid: Traficantes de sueños-mapas.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2020). *La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en el nuevo contexto mundial y regional*. Santiago de Chile: CEPAL. Recuperado de <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45336-la-agenda-2030-desarrollo-sostenible-nuevo-contexto-mundial-regional-escenarios> [Fecha de consulta: 06/04/2020].

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2016). *La matriz de la desigualdad social en América Latina*. Santiago de Chile: CEPAL. Recuperado de <https://www.cepal.org/es/publicaciones/40668-la-matriz-la-desigualdad-social-america-latina> [Fecha de consulta: 06/04/2020].

Ciuffolini, M. A. (2010) *Resistencias. Luchas Sociales Urbanas en Córdoba post-2001*. Córdoba: EDUCC.

Ciuffolini, M. A. (2017a). La Dinámica del Neoliberalismo y sus desplazamientos. Para una crítica inmanente en orden a su superación. *Studia Politicae*, 40 (pp. 85-101).

Ciuffolini, M. A. (2017b). *Quien no se mueve no siente sus cadenas. Estudios sobre luchas político-sociales en la Córdoba Contemporánea*. Córdoba: EDUCC.

Composto, C. y Navarro, M. L. (2014). Claves de lectura para comprender el despojo y las luchas por los bienes comunes naturales en América Latina. En C. Composto y M. L. Navarro (comps.), *Territorios en disputa. Despojo capitalista*,

luchas en defensa de los bienes comunes naturales y alternativas emancipatorias para América Latina (pp. 33-75). CDMX: Bajo tierra.

Dávilo, B. (2018). Gobernar con la libertad, gobernar con la competencia: sobre la racionalidad gubernamental liberal y neoliberal. En B. Dávilo (Ed.), *La libertad como tecnología de gobierno* (pp. 39-66). Paraná: EDUNER.

De la Vega, C. (2010). Política habitacional y ciudadanía. El Programa “Mi Casa, Mi vida” en la ciudad de Córdoba, Argentina. *Revista Encrucijada Americana*, 1 (pp. 70-97).

De la Vega, C. (2017). Institucionalidad ambiental y procesos de conflictividad social: una mirada política en los casos de las provincias de Córdoba y La Rioja en Argentina. *Estado & Comunes*, 2(5) (pp. 63-92).

De la Vega, C. (2019). Un salto desde el vacío: la clase y el “problema” de la heterogeneidad de los sectores subalternos. *Actual Marx Intervenciones*, 26 (pp. 17-37).

De la Vega, C. (2020). Quien aún esté vivo, que no diga ‘nunca’. Resistencias contemporáneas y luchas ‘sin clases’. *Perfiles Latinoamericanos*, 28 (56). En prensa.

De la Vega, C. y Ciuffolini, M. A. (2019). ¡Aquí está la rosa, baila aquí! Un ejercicio sobre las claves y dimensiones de un análisis clasista de conflictos sociales. En D. Pérez Roig *et. al.* (comp.), *Naturaleza, territorio y conflicto en la trama capitalista contemporánea* (pp. 69-91). Ranelagh: Extramuros.

De la Vega, C.; Caccia, A.; Dellea, G. y Latimori, V. (2020). Una práctica de frontera. Las prácticas de responsabilidad social universitaria en la disputa con la gestión neoliberal de la ciencia. En H. Ferreyra (comp.), *Miradas y voces de la Investigación Educativa II. Innovación educativa con miradas a la justicia social. Aportes desde la Investigación Educativa*. En prensa. Córdoba: Red de Posgrados en Educación A.C-EDUCC.

De Lagasnerie, G. (2015). *La última lección de Michel Foucault*. Buenos Aires: FCE.

Espósito, R. (2011). *Bios. Biopolítica y Filosofía*. Buenos Aires: Amorrortu.

Espósito, R. (2020). *Cuidados a ultranza. Ficción de la razón*. Recuperado de <https://ficcionalarazon.org/2020/03/13/roberto-esposito-cuidados-a-ultranza/> [Fecha de consulta: 31/03/2020].

Foucault, Michel (2000). *Defender la sociedad*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Foucault, M. (2006). *Seguridad, Territorio, Población. Curso de Michel Foucault en el collège de France (1977-1978)*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Foucault, M. (2007). *Nacimiento de la biopolítica*. Buenos Aires: FCE.

Foucault, M (2008). *Historia de la sexualidad 1. La voluntad de saber*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Fraser, N. (2017). ¿Una Nueva Forma de Capitalismo? *New Left Review*, 106 (pp. 61-70).

Gago, V. y Mezzadra, S. (2015). Para una crítica de las operaciones extractivas del capital. Patrón de acumulación y luchas sociales en el tiempo de la financiación. *Nueva Sociedad*, 255 (pp. 38-52).

Gray, J. (1994). *Liberalismo*. Madrid: Alianza.

Hardt, M. y Negri, A. (2020). Imperio, veinte años después. *New Left Review*, 120 (pp. 71-98).

Harvey, D. (2020). Política anticapitalista en tiempos de coronavirus. En P. Amadeo (comp.), *Sopa de Wuhan* (pp. 79-96). La Plata: ASPO.

Hayek, F. (2008). *Los Fundamentos de la Libertad*. Madrid: Unión editorial.

Laval, C. y Dardot, P. (2013). *La Nueva Razón del Mundo*. Barcelona: Gedisa.

Lazzarato, M. (2013). *La fábrica del hombre endeudado*. Buenos Aires: Amorrortu.

Lazzarato, M. (2015). *Gobernar a través de la deuda*. Buenos Aires: Amorrortu.

Lorey, I. (2016). *Estado de inseguridad. Gobernar la precariedad*. Madrid: Traficantes de sueños-mapas.

Saccucci, E. (2018). Estudio de las dimensiones de la precariedad en cinco conflictos de la ciudad de Córdoba. *Espacio abierto*, 26(4), (pp. 111-130).

Torres, M. (2019). *Neoliberalismo y subjetividad*. Bogotá: Universidad Pedagógica Nacional.

Fecha de recepción: 31-03-2020

Fecha de aceptación: 13-07-2020

La producción jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2018) (*)

POR **LEANDRO J. GIANNINI**(**)

Sumario: I. Introducción.- II. Resultados generales.- III. El recurso extraordinario y la competencia apelada de la Corte Suprema.- IV. Técnicas de decisión y motivación.- V. Duración de los procesos ante la Corte Suprema.- VI. Bibliografía.

Resumen: segundo reporte estadístico sobre la producción jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, analizando el período 2018. Continúa la línea de investigación iniciada en el año 2016 destinada a mantener un examen exhaustivo de las decisiones dictadas por la Corte Suprema en actual integración, buscando obtener y sistematizar datos relevantes que permitan enfrentar los problemas epistémicos derivados de la ausencia de información oficial completa y actualizada en torno al funcionamiento del máximo tribunal de justicia del país.

Palabras claves: corte - suprema - recurso extraordinario - estadística

(*) El presente trabajo corresponde al Informe definitivo del Proyecto de Investigación titulado "Análisis de la producción jurisdiccional de la Corte Suprema (2018)", aprobado por el HCD de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, mediante Resolución n° 208/2019 del 04/09/2019 (Acta n° 456, Sesión Ordinaria n° 38, Expte. n° 400-1445/19). Integrantes del grupo de investigación: Leandro J. Giannini (dir.), Diego Martínez (coord.), Adrián Bugvila; Mariano S. Fernández; Andrea Godino Apud; Martín Oteiza; Matías Sebastián Caimi; Paula Castillo Azcárate; Mariana Catanzaro; Alberto Jorge Da Vila; Lucia De La Vega; Pablo Andrés Di Carlo; Mora Dorado; Marcos Luis Elizalde; Maria Eugenia Fidalgo; Araceli Elizabeth Magrassi; Manuel Quiterio Maimone; Pablo Oliden; Esteban Rosito; Esteban Federico Taglianetti; Maria Verónica Vazzano; Maria Paula Venere; Camilo Zeballos Díaz.

(**) Abogado, Doctor en Ciencias Jurídicas y Prof. Titular Ordinario, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Prof. de Recursos extraordinarios. Rol de los Superiores Tribunales, Maestría en Derecho Procesal, UNLP.

Analysis of the Argentine Supreme Court's jurisdictional production (2018)

Abstract: *Second statistical report on the jurisdictional production of the Argentine Supreme Court of Justice, analyzing the 2018 period. The report is a continuation of the line of research started in 2016 aimed at maintaining an exhaustive examination of the decisions issued by the Supreme Court in its current integration. It seeks to obtain and systematize relevant data that allows to face the epistemic problems derived from the absence of complete and updated official information regarding the operation of the country's highest court of justice.*

Keywords: *supreme - court - statistics*

I. Introducción

El presente trabajo contiene el informe definitivo del proyecto de investigación “Análisis de la producción jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2018)”. Se trata del segundo proyecto desarrollado siguiendo una línea de investigación iniciada en el año 2016, orientada a la obtención y sistematización de datos relevantes y vacantes sobre la actuación del máximo tribunal de justicia argentino.

Tal como fuera destacado en el primer informe producido para el período 2016 (Giannini, 2018, pp. 1209-2013), nuestro país es lamentablemente poco prolífico en la producción y publicación de datos de funcionamiento de sus tribunales y, en particular, de la Corte Suprema (en adelante, indistintamente: CS). Dicha opacidad —decíamos en esa oportunidad—

No solo se produce en el vértice de la jurisdicción federal, sino que se traslada como una suerte de ‘apagón estadístico’ a la totalidad de la justicia nacional y de varias provincias argentinas, con el consecuente deterioro de la calidad de toda discusión de política pública tendiente a perfeccionar el servicio de justicia en general y, en particular, el ejercicio del rol fundamental que a la Corte Suprema le asiste en nuestro sistema institucional (Giannini, 2018, pp. 1209-2013).

Corresponde remitir al trabajo citado, en el que se describe el modo en el que esta característica desafortunada de nuestro sistema de justicia se manifiesta también en la máxima instancia jurisdiccional del país.

Ahora bien, luego de presentar los resultados de ese trabajo en el año 2018, se produjo una novedad significativa en la materia. En el mes de marzo de 2019, el Centro de Información Judicial, dependiente de la Corte Suprema, publicó una

versión renovada de los datos estadísticos anualmente publicados por el máximo tribunal (Centro de Información Judicial, 2019).

Algunos de los reparos metodológicos que formuláramos a las tablas estadísticas publicadas por la Corte para los períodos 2012/2017, como la ausencia de desagregación de los indicadores en “decisiones” y “causas” o la falta de precisión en los motivos de inadmisión de recursos (1), fueron advertidos en la estadística presentada en 2019. Pocos días después de la publicación de la nueva estadística, el Presidente de la CS destacó esta innovación como un modo de enfrentar la crisis de legitimidad del Poder Judicial de nuestro país (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2019):

(...) Debemos convertirnos en una institución íntegramente sujeta a procedimientos reglados en base a los cuales sea posible evaluarnos con objetividad. La magistratura es un trabajo del que depende la libertad y el patrimonio de nuestros conciudadanos y, por esa razón, debe estar sujeta a reglas de evaluación clara. Nuestro comportamiento, tanto jurisdiccional como administrativo, debe poder evaluarse públicamente mediante estándares objetivos (...). El poder judicial no ha avanzado lo suficiente en ese sentido. Sin duda la Corte, que desde hace unos meses tengo el honor de presidir, ha hecho avances significativos en el marco de una política de gobierno abierto. Estoy también seguro de que esta Corte está dispuesta en el futuro a hacer todo lo posible por mejorar. Para corroborar esta convicción me gustaría mencionar aquí incidentalmente tres medidas que hemos adoptado muy recientemente que muestran nuestro compromiso: a) La primera de ellas está destinada a medir la calidad de nuestro trabajo (...). La semana pasada publicamos los primeros resultados en la *web* de la Corte a los que todos pueden acceder. Es la primera vez que la Corte hace esto y por esa razón el análisis de las estadísticas que presentamos es todavía rudimentario. Examina el flujo de causas, el tiempo que demora su tramitación, el promedio de causas sentenciadas y discrimina las razones que la Corte emplea para resolver. Lo que hemos hecho hasta ahora es claramente insuficiente pero es una muestra de nuestro compromiso. Por otro lado, el nuevo mecanismo tiene una gran potencialidad. Las posibilidades de mejorar nuestras mediciones son enormes. En poco tiempo más podremos examinar la productividad, en términos cuantitativos y en base a información empírica, hacer comparaciones con los parámetros que deseamos (año a año, mes a mes, o por temas). Convenientemente desarrollada, esta estrategia puede expandirse a

(1) Ver la explicación desarrollada en Giannini, *La producción jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su actual integración*, 2018, pp. 1209-1213.

todo el Poder Judicial de la Nación (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2019, p. 3).

La transcripción corrobora el diagnóstico que exteriorizáramos en el trabajo antes citado (Giannini, 2018), acerca de la insuficiencia de los datos estadísticos publicados sobre el funcionamiento de la Corte y compromete la palabra de la máxima autoridad judicial de la Nación en la modificación de este cuadro de situación. El objetivo debe ser claro: la implementación de prácticas de transparencia activa y acceso a la información no solo en la CS sino en el resto del Poder Judicial, las que no solo resultan indispensables para hacer posible el escrutinio público sobre su actividad, sino que, además, contribuirán a mejorar la democrática percepción ciudadana sobre el servicio de justicia (2).

Como lo expresáramos más recientemente, al presentar los resultados de un relevamiento realizado en la justicia civil de la provincia de Buenos Aires (Giannini, 2019, p. 500), la ausencia o falta de disponibilidad de indicadores cuantitativos y cualitativos, sistematizados, completos y accesibles es una de las deficiencias más características de nuestro sistema de justicia. Se necesita en esta materia un auténtico cambio cultural que impida a quienes diseñan o implementan políticas públicas seguir trabajando sin indicadores confiables y comprometan a los jueces y organismos encargados de la administración de justicia a rendir cuentas de su desempeño brindando acceso amplio, sencillo y actualizado a indicadores ampliamente difundidos en países de distintas latitudes y desarrollo, que resultan imprescindibles para medir cuantitativa y cualitativamente su rendimiento. En palabras de Chayer, “[resulta] indispensable que exista una cultura de medición de resultados (...) asociada a la rendición de cuentas republicana que todo poder público debe a la sociedad. Este factor es el que permite (o no) enfrentar el problema de la demora en los procesos judiciales, ya que lo que no se mide, no se puede mejor (Chayer, 2017, p. 82).

Las innovaciones presentadas en la estadística oficial para el período analizado (2018), como lo reconociera el Dr. Rosenkrantz en discurso citado, son rudimentarias, pero la tendencia es correcta y solo cabe esperar que se profundice y perfeccione. Fue por ese motivo que nos propusimos mantener en 2019-2020 la línea de investigación inaugurada en el período 2016-2018, de modo de colaborar en la construcción de datos sistematizados acerca del funcionamiento del máximo tribunal.

Al igual que en el relevamiento del período 2016, buscamos para el período 2018 atender a interrogantes relevantes sobre el funcionamiento de la Corte

(2) Oteiza (2018, pp. 51-60) presentó indicadores preocupantes sobre la valoración de la eficacia e independencia de la Justicia en Argentina.

Suprema que no encuentran respuesta en la serie estadística tradicional generada por el alto tribunal y a revisar los resultados obtenidos a partir de la citada revisión metodológica encarada por la Corte a inicios de 2019. Varias de estas preguntas fueron nuevamente planteadas en esta investigación, buscando así mejorar el conocimiento general que se tiene del desempeño de la CS, como por ejemplo: a) ¿qué incidencia tiene cada una de las vías de acceso ante la CS, en la actuación jurisdiccional total del tribunal?; b) ¿qué incidencia tiene cada una de las materias en la actuación jurisdiccional de la Corte Suprema (civil y comercial, penal y contravencional, contencioso administrativo, laboral, previsional, familia, electoral, otros)?; c) ¿qué tan frecuente en el funcionamiento de la Corte Suprema es la decisión colectiva de casos análogos, mediante una sentencia que ponga fin a varios asuntos similares?; d) ¿cuán frecuentes son las disidencias en el ámbito de la CS?; e) ¿qué tan extensas son las sentencias de la CS?; f) ¿cuántos recursos deducidos ante sus estrados son admitidos y cuántos no lo son?; g) ¿cuáles son los motivos más frecuentes de inadmisión?; h) ¿Qué tasa de éxito tienen los recursos deducidos ante la Corte, obteniendo la revocación total o parcial del fallo?; i) ¿qué tan frecuente es el uso de fórmulas más o menos estereotipadas o la remisión a precedentes en la decisión de los casos?; j) ¿qué duración promedio tienen los casos ante la CS?, etc.

Para enfrentar estos interrogantes, se siguió nuevamente una metodología de trabajo grupal, partiendo de la conformación de un grupo de investigación de veintitrés integrantes, entre estudiantes avanzados de la Maestría en Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata y auxiliares de la Cátedra 1 de Derecho Procesal II de dicha casa de estudios; todos ellos, profesionales especialmente formados en recursos extraordinarios y rol de los superiores tribunales.

En cuanto al *corpus* analizado, el proyecto se enfocó en la producción sentencial de la Corte Suprema durante el período 2018. La totalidad de las decisiones y dictámenes publicados en la base de sentencias completas de la Corte Suprema entre el 01/01/2018 a 31/12/2018 (3) fue descargada para su análisis.

(3) La base de “fallos completos” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/fallos/consulta.html>) contiene la totalidad de la producción sentencial de la Corte Suprema desde el año 1997 en adelante. Sin embargo, la descarga de los documentos fue realizada utilizando la página de novedades del tribunal (Corte Suprema de Justicia de la Nación, <https://sj.csjn.gov.ar/sj/novedades.do?method=iniciar>), en la que no solo se suben sus pronunciamientos destacados, sino la totalidad de decisiones por acuerdo. También en la página específica de consulta de los acuerdos de la CS, puede encontrarse la totalidad de los fallos dictados en cada una de sus reuniones periódicas (Corte Suprema de Justicia de la Nación, <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/acuerdos/consulta.html>).

Dicha producción fue examinada tomando en cuenta criterios predeterminados como relevantes para la extracción de conclusiones útiles respecto de la materia sobre la que versa la investigación, principalmente enfocada en el examen de la actuación de la CS a través del recurso extraordinario. Además de los documentos aludidos (sentencias, dictámenes, etc.), se analizaron otros antecedentes relevantes, necesarios muchas veces para verificar datos como la materia sobre la que versara el pleito, la duración de los procesos, etc., tal como se aplica en los apartados pertinentes.

II. Resultados generales

Veamos los principales resultados y hallazgos del relevamiento.

II.1. Cantidad de decisiones y de casos resueltos por la Corte Suprema según tipo de resolución, vía de acceso y materia

El primer dato general relevado es el de la cantidad de decisiones dictadas por la Corte Suprema anualmente, individualizando dicha producción según: a) tipo de resolución (definitiva, interlocutoria, simple); b) la vía de acceso (competencia apelada, juicios originarios, presentaciones varias); y c) materia (civil y comercial, penal, laboral, contencioso administrativo, previsional, etc.).

a) Cantidad de resoluciones y de casos decididos

El dato general referido a la cantidad de resoluciones dictadas en 2018 por la Corte Suprema arroja un resultado levemente superior al presentado en el sitio de estadísticas oficial (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2019). Mientras en nuestro relevamiento se computa un total de **6.954 decisiones** (incluyendo las definitivas propiamente dichas y otro tipo de resolución jurisdiccional dictada en acuerdo por el tribunal), en el sitio de la CS se informan 6.814. Dichas resoluciones sirvieron para que la Corte se pronuncie en **7.631 asuntos**, lo que —como luego veremos— implica una reducción sustancial, para el año analizado, del uso de la técnica de resolución “colectiva” o “grupala” de casos análogos o cuestiones repetitivas (una decisión resuelve varias causas a la vez). El sitio de la CS, por su parte, informa 7.438 asuntos. Como puede advertirse, nuestro relevamiento ha registrado un 2% más de decisiones y causas que las informadas oficialmente para el año 2018. Una innovación metodológica ha sido incorporada en esta edición del relevamiento. En el primer proyecto (Giannini, *La producción jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su actual integración*, 2018), se distinguió entre “decisiones” y “causas”; de modo de distinguir, dentro del trabajo jurisdiccional de la CS: 1) el esfuerzo dedicado a la elaboración y motivación de sus resoluciones (que se identifica en el número de decisiones dictadas); y 2) el

aplicado en el análisis de las causas llevadas a sus estrados (muchas de las cuales, dependiendo del año, se resuelven colectivamente en una sola sentencia, pese a demandar un estudio individual del caso antes de ser incorporado en una partida resuelta grupalmente). Dicha distinción fue receptada en la nueva estadística de la CS (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2019), para todos los indicadores medidos, mejorando así la presentación de los datos que anteriormente se hacía.

Ahora bien, en el presente proyecto, nos propusimos precisar aún más la información disponible, distinguiendo dos subcategorías que anteriormente se englobaron dentro del concepto de “causas”. La novedad es la separación de las *causas propiamente dichas* (es decir, los asuntos llevados al conocimiento de la CS) de los *expedientes* decididos. A veces, un mismo asunto llega a la CS formalizado en dos expedientes acumulados, como típicamente sucede cuando un recurso extraordinario es elevado junto con una queja por su denegación. En ese ejemplo, en el registro del acuerdo, se computa la resolución de dos expedientes, pese a que la causa es una sola y su análisis no agrega ninguna complejidad adicional a la resolución. Fácil es advertir que se trata de una situación diversa a la que se presenta con la resolución colectiva de asuntos, en los que una misma decisión pone fin a un sinnúmero de causas. Aquí sí es fundamental computar las causas propiamente dichas de las resoluciones, para tener información valiosa acerca de una parte de la tarea de la CS que de otro modo quedaría invisible al escrutinio público, como es el análisis previo de los casos resueltos colectivamente y la extensión del litigio repetitivo ante sus estrados. En cambio, cuando estamos ante dos expedientes que llegan a la CS por un mismo asunto, no corresponde computar independientemente ambos legajos como “causas” distintas, sino tomarlos como un único asunto. El resultado de dicha precisión arroja, para el año 2018, las siguientes cifras:

Tabla 1: Resoluciones, causas y expedientes (2018)

Resoluciones / causas / expedientes (2018)	
Cantidad de decisiones	6.954
Cantidad de causas	7.631
Cantidad expedientes	8.067

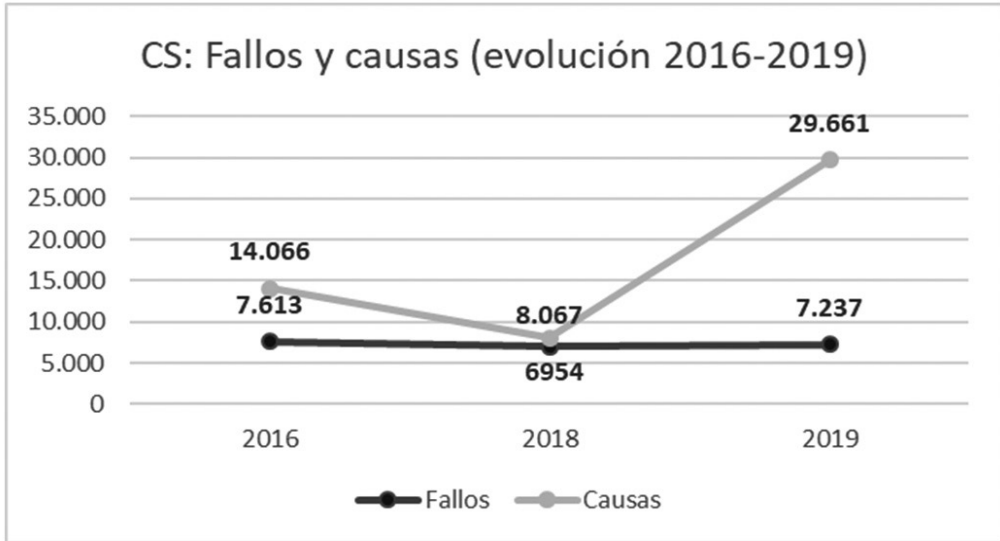
Fuente: elaboración propia a partir de los datos producidos en la investigación

En adelante, por las razones expresadas en el párrafo anterior, la información será presentada distinguiendo decisiones (resoluciones o fallos) de causas (casos o asuntos), quedando aclarado que estas últimas no necesariamente se identifican con los expedientes o legajos decididos.

Comparando estas cifras con los datos obtenidos para el período 2016 (Giannini, 2018) y el relevamiento provisorio realizado para 2019, se aprecia cierta

estabilidad en el número de fallos dictados anualmente (un promedio cercano a los 7.200 resoluciones), aunque con una notable oscilación el número de causas resueltas:

Ilustración 1: Fallos y causas (evolución 2016-2019)



Fuente: Giannini, 2018 (datos 2016), elaboración propia con datos obtenidos para esta investigación (datos 2018), elaboración propia en base a datos obrantes en el conjunto de acuerdos de la CS (Recuperado de <https://sj.csjn.gov.ar/sj/novedades.do?method=inicio> [fecha de consulta 01/04/2020], datos 2019).

La notable variación del número de causas decididas anualmente, pese a la relativa estabilidad de la cantidad de sentencias dictadas, responde fundamentalmente a dos factores centrales: 1) la variación del ingreso de causas anual; y 2) la distinta presencia, en la agenda del tribunal, de cuestiones repetitivas que son decididas colectivamente. Dicho diagnóstico se puede demostrar contrastando los datos del gráfico anterior —en especial, el notable incremento de las causas decididas en 2019 respecto de 2018— con el ingreso de asuntos en 2018. Este último dato ha sido informado oficialmente por el tribunal (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2019), arrojando las siguientes cifras:

Tabla 2: Ingresos por materia (CS - 2018)

Materia	Causas ingresadas	%
Previsional	15.534	55,5%
Administrativo	4.001	14,3%
Penal	3.954	14,1%

Materia	Causas ingresadas	%
Laboral	1.682	6,0%
Tributario - Bancario	1.099	3,9%
Civil y comercial	864	3,1%
Consumo	427	1,5%
Originarios	234	0,8%
DDHH - Institucional	90	0,3%
Ambiental	85	0,3%
Total	27.970	100,0%

Fuente: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2019.

Como puede advertirse, más del 55% de las causas ingresadas a la CS en 2018 fueron previsionales. Sin embargo, como se verá más adelante (v. *infra*, apartado c), en este mismo solo el 20,5% de las causas resueltas por la CS (un total de 1.568 asuntos) fueron referidas a dicha materia. Lo que supone la traslación de un cúmulo muy significativo de asuntos de ese tipo para el período siguiente (2019). Sabemos que los temas previsionales son típicamente repetitivos, siendo en general resueltos grupalmente (unos pocos fallos deciden múltiples asuntos: v. *infra*, apartado 2). Pues bien, si comparamos los casos previsionales ingresados y resueltos en 2018, el saldo que se acumuló para el año siguiente (2019) es de aproximadamente 14.000 causas. En 2019, como puede apreciarse, se incrementó notablemente la técnica de resolución colectiva de asuntos respecto del año que aquí se analiza, llegándose a resolver, con un número similar de decisiones, unas 21.000 causas más que en 2018. Ello permite tener por corroborada la hipótesis anticipada: la notable oscilación en el número de causas resueltas anualmente por la CS tiene directa relación con la cantidad y calidad de causas ingresadas en los años anteriores. En 2019, el impresionante número de causas decididas (29.661) responde a las casi 30.000 ingresadas en 2018. En cambio, la estabilidad en la cantidad de fallos (en 2019 solo se registran unas 300 decisiones más) se explica por el tipo de asuntos ingresados: la expansión de la agenda previsional de la CS lleva a la multiplicación del uso de sentencias agrupadas o colectivas.

b) Cantidad de resoluciones y de casos decididos según la vía de acceso

En este apartado desagregaremos la información correspondiente a la incidencia cuantitativa y proporcional de cada una de las vías de acceso ante la Corte Suprema. Se distinguen tres grupos principales de actuación jurisdiccional de la Corte Suprema: la competencia apelada (que incluye los casos que llegan a la Corte por recursos deducidos contra decisiones de tribunales inferiores), los juicios originarios (en los que la CS entiende como tribunal de primera y única instancia) y los que agrupamos como “otros”, en los que se incluyen decisiones sobre cuestiones de competencia entre órganos judiciales inferiores respecto de los que la Corte es el “tribunal superior”, regulaciones de honorarios y presentaciones varias.

Dentro de la competencia apelada, se identifican las siguientes vías recursivas: recurso extraordinario federal (REF), queja por recurso extraordinario denegado (Queja REF), recurso ordinario de apelación (ROR), queja denegación de este último (Queja ROR), *per saltum*, revocatoria o aclaratoria, nulidad y revisión.

Tabla 3: Fallos y causas por vía de acceso

Vía de acceso	Fallos	%	Causas	%
Competencia apelada (recursos)	5.513	79,3%	6176	80,9%
Queja REF	4.529	65,1%	4932	64,6%
REF	728	10,5%	979	12,8%
Revocatoria o aclaratoria	188	2,7%	194	2,5%
<i>Per saltum</i>	23	0,3%	26	0,3%
REF, Queja REF	16	0,2%	16	0,2%
ROR	13	0,2%	13	0,2%
Queja ROR	8	0,1%	8	0,1%
Nulidad / revisión	8	0,1%	8	0,1%
Juicios originarios	255	3,7%	258	3,4%
Otros (competencia, presentaciones varias, honorarios, etc.)	1.186	17,1%	1197	15,7%
Total general	6.954	100,0%	7631	100,0%

Fuente: elaboración propia en base a los datos obtenidos en la investigación.

Como puede advertirse con claridad de la tabla precedente, la competencia apelada mantiene la mayor incidencia en la actuación jurisdiccional de la CS: un 79,3% de las decisiones adoptadas y casi un 90% de las causas resueltas por el máximo tribunal corresponden a esta variante de actuación. En particular, cabe notar el amplio y conocido predominio del recurso extraordinario federal entre las referidas vías recursivas: el 75,8% de los fallos dictados y el 77,6% de las causas decididas corresponden a recursos extraordinarios o quejas por su denegación. Veremos más adelante (*v. infra*, apartado III.3, Tabla 10) que dicha preponderancia es aún más determinante cuando se toman en consideración únicamente las decisiones definitivas adoptadas en el ámbito de la competencia apelada: el 96,5% de los recursos resueltos por la CS se refieren al recurso extraordinario federal (incluyendo los recursos concedidos, las quejas y el *per saltum*). La constante preeminencia de esta vía, como lo explicáramos anteriormente, responde no solo a decisiones emanadas del legislador, sino particularmente a la interpretación restrictiva con la que la Corte ha cerrado prácticamente el acceso a las restantes variantes de acceso, como el recurso ordinario (finalmente declarado inconstitucional por la CS) o la competencia originaria (Giannini, 2018, p. 1216, esp. nota 8).

c) Cantidad de resoluciones y de casos decididos según la materia

La Corte sigue sistematizando la estadística sobre su producción por materias, acudiendo a la cantidad de fallos (y ahora, de causas) anualmente dictados con la intervención de sus distintas secretarías judiciales. La modalidad, como lo expresáramos anteriormente (Giannini, 2018, pp. 1216-1218), es discutible, en virtud de algunas superposiciones de materias que se aprecia en la división del trabajo de las secretarías. Si bien es obvio que con la asociación secretaría-materia, la Corte automatiza prácticamente la producción del dato (ya que basta con cargar la secretaría en la que fue resuelto, para que se refleje mecánicamente la materia abordada), sigue siendo útil presentar esta información acudiendo a las materias que en las instancias de grado son reconocibles como valiosas para la organización del sistema de justicia.

Siguiendo el criterio adoptado en el trabajo recién citado, se mantuvo en el presente relevamiento la distinción de 8 materias: 1) penal y contravencional; 2) contencioso Administrativo y tributario; 3) civil y comercial; 4) laboral; 5) previsional; 6) familia; 7) electoral; 8) otros. Siendo que el análisis de las causas puede arrojar distinta conclusión sobre lo que puede considerarse la “materia” predominante en el caso, se definieron ciertos criterios generales para tender a la homologación de los datos cargados, que están explicados en el lugar indicado (Giannini, 2018, p. 1217).

Siguiendo este esquema, los resultados son los siguientes:

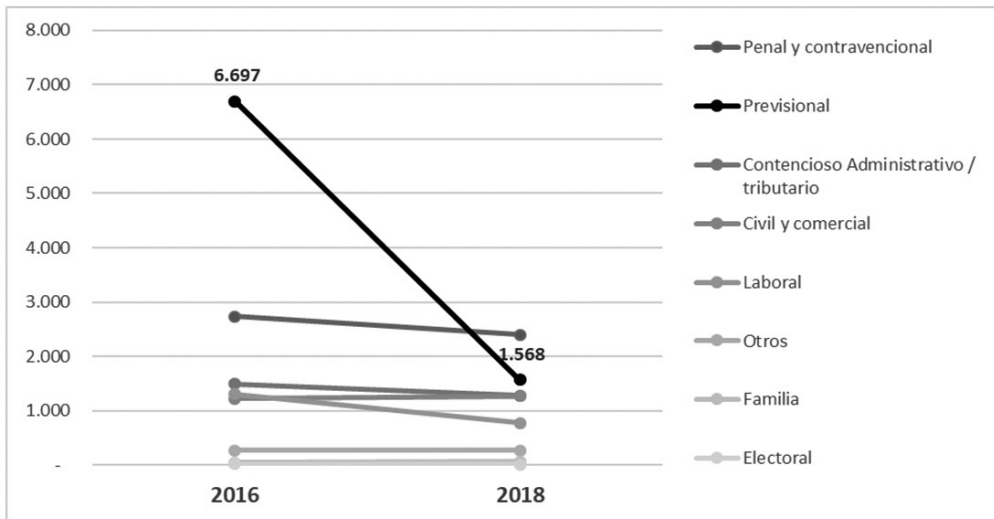
Tabla 4: Fallos y causas por materia

Materia	Fallos	%	Causas	%
Penal y contravencional	2.393	34,4%	2.396	31,40%
Previsional	1.102	15,8%	1.568	20,55%
Contencioso Administrativo / tributario	1.204	17,3%	1.276	16,72%
Civil y comercial	1.162	16,7%	1.272	16,67%
Laboral	762	11,0%	775	10,16%
Otros	260	3,7%	273	3,58%
Familia	64	0,9%	64	0,84%
Electoral	7	0,1%	7	0,09%
Total general	6.954	100,0%	7.631	100,0%

Fuente: elaboración propia a partir de los datos producidos en la investigación

Si comparamos esta tabla con los resultados obtenidos en 2016, verificamos cierta estabilidad en las cifras de cada una de las materias indicadas, con la notable excepción —una vez más— de las causas previsionales, cuya oscilación sigue siendo definitoria en la agenda de trabajo del tribunal:

Ilustración 2: Fallos por materia (comparación 2016 - 2018)



Fuente: Giannini, 2018 (datos 2016), elaboración propia a partir de los datos producidos en la investigación (datos 2018)

II.2. Impacto de la resolución “colectiva” de asuntos en 2018

En 2018 la CS redujo sustancialmente la resolución agrupada o colectiva de causas. Como fuera anticipado, se trata de una práctica expandida en la CS, por la que un conjunto más o menos numeroso de casos que tratan cuestiones análogas, son agrupadas y decididas en una misma sentencia en cuyos “vistos” iniciales se identifica la totalidad de expedientes alcanzados por el fallo y se les brinda una decisión única que se transcribe en cada expediente. Es una variante informal y poco sofisticada de resolución de casos repetitivos, que permite agilizar el trámite y la carga de fundamentación de este tipo de asuntos.

Como lo destacáramos en otra oportunidad (Giannini, 2018, p. 1218), la CS resuelve de esta manera una porción muy significativa de su trabajo jurisdiccional, lo que se pone en evidencia —en general— con la sola comparación entre la cantidad de fallos dictados por la Corte y la cantidad de asuntos resueltos mediante aquellos. La extensión de esta práctica, según fuera explicado previamente (v. *supra*, apartado a), depende de la cantidad y calidad de las causas llevadas a conocimiento del máximo tribunal. Así, mientras en 2016, la CS dictó 7.613 fallos con los que se resolvió un total de 14.066 causas (una tasa de 1,8 causas por fallo), en 2018 esta modalidad decisoria disminuyó sustancialmente: 6.954 decisiones para 7.631 asuntos (1,2 causas por fallo). En 2019, con la expansión de la litigiosidad

previsional ante la Corte, la resolución colectiva de asuntos tocó un máximo: 7.237 sentencias para resolver 29.661 asuntos (una tasa de 4,1 causas por fallo).

Tabla 5: Resolución colectiva (evolución 2016 - 2019)

Fallos / causas	2016	2018	2019
Fallos	7.613	6954	7.237
Causas	14.066	7.631	29.661
Tasa (causas decididas por fallo)	1,8	1,1	4,1

Fuente: elaboración propia a partir de los datos producidos en la investigación

Al igual que sucedió en 2016, el área en el que esta práctica es más frecuente son las causas previsionales. Volviendo sobre los datos contenidos en la Tabla 4: “Fallos y causas por materia” y calculando la tasa de resolución de casos por sentencia dictada, es posible verificar la conclusión anticipada.

Tabla 6: resolución colectiva de asuntos (desagregado por materia)

Materia	Fallos	Causas	Tasa
Penal y contravencional	2.393	2.396	1,0
Previsional	1.102	1.568	1,4
Contencioso Administrativo / tributario	1.204	1.276	1,1
Civil y comercial	1.162	1.272	1,1
Laboral	762	775	1,0
Otros	260	273	1,1
Familia	64	64	1,0
Electoral	7	7	1,0
Total general	6.954	7.631	1,1

Fuente: elaboración propia a partir de los datos producidos en la investigación

Como puede verse, el derecho previsional nuevamente lidera la técnica de resolución colectiva de causas. En 2016, donde el uso de esta modalidad decisoria fue significativamente mayor —v. Tabla 5: Resolución colectiva (evolución 2016 - 2019)—, los asuntos previsionales fueron resueltos a una tasa de 6,8 causas por fallo (984 decisiones, 6697 casos) (Giannini, 2018, p. 1218). En el período ahora analizado (2018), dicha materia nuevamente lideró el ranking, con una tasa de 1,4 causas por fallo, pese a no haber sido el campo con mayor número de causas en términos absolutos. En el polo opuesto siguen ubicándose las causas de familia y electorales, en las subsiste la relación de 1 a 1 entre fallos dictados y casos resueltos, al igual que ocurriera en 2016.

III. El recurso extraordinario y la competencia apelada de la Corte Suprema

Haremos ahora foco en la competencia cualitativa y cuantitativamente más significativa de la CS: el recurso extraordinario federal previsto en el artículo 14 de la ley 48 y concordantes (4).

Cualitativamente, porque a través de él CS desempeña sus cometidos institucionales más elevados y reconocidos: se desenvuelve como último intérprete y custodio final de la Constitución Nacional (con todo lo que ello significa en el concierto institucional del país), desempeña funciones de casación de derecho federal infraconstitucional e incluso despliega funciones “axiológicas”, mediante la revisión excepcional de graves injusticias o defectos de motivación cometidos por los tribunales de última instancia nacionales y provinciales de todo el país. Esta última atribución, como es sabido, ha sido proclamada pretorianamente por la Corte a través de la conocida doctrina de la arbitrariedad de sentencias (Giannini, 2018, p. 1219).

Cuantitativamente, porque —como fuera anticipado, v. *supra*, apartado II.1.b)— el recurso extraordinario es la vía de acceso más utilizada ante la CS: el 77,6% de las causas resueltas en 2018 llegaron al tribunal a través del recurso extraordinario o de la queja por su denegación.

Tal como lo hiciéramos en el trabajo dedicado al período 2016, dividiremos la exposición en tres apartados principales: 1) Fallos y causas por tipo de resolución; 2) Fallos y causas según su origen; y 3) Admisibilidad y procedencia de los recursos. A ellos nos dedicaremos seguidamente.

III.1. Fallos dictados y causas decididas por tipo de resolución (definitivas/no definitivas)

Sigue estando ausente en la estadística sobre la producción jurisdiccional de la CS, la distinción entre las sentencias e interlocutorias (o simples con forma de interlocutorias). Extraeremos nuevamente este dato para el período 2018, por considerar que se trata de información relevante para comprender adecuadamente la carga de trabajo de la Corte (5).

(4) Considéntase la remisión, dentro de la extensa bibliografía dedicada a este recurso, a las reconocidas obras generales de Imaz & Rey, 2000; Sagüés, 2002; Morello, 1999; Palacio, 2001; Guastavino, 1992; Carrió & Carrió, 1983; Tribiño, 2003; Palacio de Caeiro, 2002; Rojas, 2019; Lugones, 2002.

(5) Sobre la distinción entre resoluciones definitivas e interlocutorias a los efectos de esta investigación, remitimos a lo expresado en el informe elaborado para el período 2016 (Giannini, 2018, pp. 1220-1221). A los efectos de la investigación, son consideradas definitivas las resoluciones que

Los resultados del relevamiento indican nuevamente que la actuación de la CS como cuerpo se concentra casi exclusivamente en el dictado de resoluciones definitivas, en la terminología explicada:

Tabla 7: Fallos y causas por tipo de resolución

Tipo de resolución	Fallos	Fallos %	Causas	Causas %
Definitivas	5.302	96,2%	5.962	96,5%
Otras (interlocutorias y simples dictadas en acuerdo)	211	3,8%	214	3,5%
Total general	5.513	100,0%	6.176	100,0%

Fuente: elaboración propia a partir de los datos producidos en la investigación

III.2. Fallos dictados y causas resueltas según su origen

III.2.1. Introducción

¿De dónde provienen los casos que llegan a la CS? Se trata de otro capítulo al que no suele prestarse atención estadística, pese a ser un dato valioso no solo para segmentar el origen de las causas que llegan a la Corte (y así tomar decisiones relevantes de política pública sobre los alcances de la competencia apelada o el trámite formal del recurso), sino también como dato de gestión para los órganos cuyas sentencias son revisadas.

Para una mejor presentación de los resultados, comenzaremos distinguiendo inicialmente las causas que provienen: a) de la justicia provincial (incluyendo la Ciudad de Buenos Aires); o b) de la justicia nacional (separando a su vez la justicia nacional con sede en la Capital de la justicia federal del interior). En cada caso, se relevaron datos correspondientes a la instancia de la que el caso proviene (por ejemplo, Superior Tribunal de Provincia, Cámara de Apelaciones, Juez de Primera Instancia federal, etc.) y del tribunal concreto que dictó la sentencia recurrida.

El resultado es una serie de tablas que contienen una radiografía del origen de la litigiosidad apelada anual ante la Corte Suprema, cuyos resultados más significativos presentamos a continuación, aclarando que los datos se sistematizan sobre la totalidad de decisiones definitivas dictadas por la Corte en ejercicio de su competencia apelada.

cierran la instancia ante el máximo tribunal, por más que no se expidan sobre el mérito del recurso, ni pongan fin al pleito principal de cualquier otro modo. Lo que interesa para que sea definitiva es si la resolución extingue la instancia ante la Corte.

III.2.2. Justicia federal, nacional y provincial

La primera distinción relevante que cabe formular es la que separa a las causas provenientes de la justicia nacional (incluyendo a la justicia nacional con sede en la Ciudad de Buenos Aires y a la justicia federal de todo el país —interior y CABA—) de las que se originen en la justicia provincial (incluyendo a los órganos jurisdiccionales de todas las provincias y a la justicia local de la Ciudad de Buenos Aires (6)).

El relevamiento pone en evidencia que continúa el amplio predominio de la justicia federal como proveedora de casos ante la Corte Suprema: un 54,7% de los recursos decididos por la CS en 2018 proviene de dicha jurisdicción. La cifra se redujo sustancialmente desde 2016, ya que en ese año la justicia federal había provisto el 76,5% de las causas (Giannini, 2018, p. 1223), fenómeno que responde a la notable diferencia existente entre los asuntos previsionales resueltos colectivamente en 2016 y 2018 respectivamente. El segundo y tercer lugar corresponden a la justicia nacional de CABA y la justicia provincial (incluyendo la local de CABA), que siguen arrojando cifras similares entre sí (22,6% y 20,7% respectivamente). También se mantiene la práctica desaparición de los recursos deducidos contra decisiones de autoridades no judiciales, como los órganos administrativos *lato sensu* (vg., recursos contra decisiones adoptadas por órganos de enjuiciamiento político) o tribunales arbitrales.

De las causas originadas en la justicia federal, continúa el predominio de la justicia federal de la capital (32,4%) sobre la del interior (19,6%).

En cuanto a las causas provenientes de las 24 jurisdicciones locales (23 provincias, más la Ciudad de Buenos Aires), la provincia de Buenos Aires lidera ampliamente el ranking CS, abasteciendo el 7,8% de los recursos totales y el 37,6% de los de origen estadual.

Finalmente, puede destacarse la relevancia de las causas que provienen de tribunales ubicados en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires, con independencia de la jurisdicción a la que pertenecen. Sumando los recursos que llegan de la justicia federal de la capital, de la justicia nacional con sede en CABA y del Superior Tribunal de Justicia de la ciudad, se arriba a un total de 3.325 recursos, equivalente al 55,7% de las causas resueltas por la CS en 2018. Dato que corrobora

(6) Si bien la Ciudad de Buenos Aires no califica como “provincia” en nuestro régimen institucional (más allá de alguna equiparación reconocida analógicamente —v. por ejemplo, CS, “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Córdoba, Provincia de s/ ejecución fiscal”, 2019), a los efectos de esta investigación incluimos a la justicia local de CABA bajo la denominación “justicia provincial”. Se lo hace de este modo para presentar más fácilmente los datos relevados que se refieren a fenómenos asimilables para el propósito perseguido.

la ordinaria máxima que sostiene que la Corte, como las entidades divinas, está en todos lados... pero atiende en la capital. He aquí el detalle de lo expresado:

Tabla 8: Jurisdicción de origen

Origen	Causas	% sobre total general	% sobre total jurisdicción
Justicia Federal	3.265	54,7%	100%
Corte Suprema de la Nación(*)	158	2,6%	4,8%
Justicia Federal de CABA	1.933	32,4%	59,2%
Justicia Federal del Interior	1.173	19,6%	35,9%
Justicia Nacional (CABA)	1.350	22,6%	100%
Justicia Provincial (o local CABA)	1.233	20,7%	100%
Buenos Aires	464	7,8%	37,6%
Córdoba	120	2,0%	9,7%
Rio Negro	72	1,2%	5,8%
Mendoza	58	1,0%	4,7%
Jujuy	56	0,9%	4,5%
Santa Fe	47	0,8%	3,8%
Entre Ríos	46	0,8%	3,7%
CABA	42	0,7%	3,4%
Chaco	38	0,6%	3,1%
Chubut	36	0,6%	2,9%
Corrientes	36	0,6%	2,9%
Tucumán	35	0,6%	2,8%
La Pampa	29	0,5%	2,4%
Neuquén	26	0,4%	2,1%
Salta	24	0,4%	1,9%
La Rioja	19	0,3%	1,5%
Catamarca	18	0,3%	1,5%
San Luis	13	0,2%	1,1%
Santiago del Estero	13	0,2%	1,1%
Misiones	12	0,2%	1,0%
Tierra del Fuego	11	0,2%	0,9%
San Juan	8	0,1%	0,6%
Santa Cruz	7	0,1%	0,6%
Formosa	3	0,1%	0,2%
N/D	117	2,0%	9,5%
Órgano extrajudicial o administrativo	5	0,1%	100%
Total general	5.970	100%	

Fuente: elaboración propia a partir de los datos producidos en la investigación.

(*) Refiere a las causas en las que la CS es el tribunal recurrido, cuando entiende en recursos horizontales (típicamente: aclaratoria o revocatoria) intentados contra decisiones que ella misma adopta.

III.2.3. Justicia nacional y federal

En la tabla siguiente se presentan los datos referidos a las decisiones dictadas y causas resueltas por los distintos tribunales nacionales del país, distinguiendo: a) la justicia federal de CABA; b) la justicia federal del interior; y c) la justicia nacional con sede en CABA:

Tabla 9: Origen de las causas - Justicia nacional (desagregación)

Justicia Nacional (desagregación)	Causas	% sobre el total general	% sobre la jurisdicción específica
Justicia Federal de CABA	1.933	32,4%	100,0%
Cámara Federal de la Seguridad Social	784	13,1%	40,6%
Cámara Federal de Casación Penal	519	8,7%	26,8%
Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal	432	7,2%	22,3%
Cámara Civil y Comercial Federal	112	1,9%	5,8%
Juez Federal de 1º Instancia	45	0,8%	2,3%
Cámara en lo Criminal y Correccional Federal	27	0,5%	1,4%
Cámara Nacional en lo Penal Económico	8	0,1%	0,4%
Cámara Nacional Electoral	6	0,1%	0,3%
Justicia Federal de Mendoza	199	3,3%	17,0%
Justicia Federal del interior	1.174	19,7%	100,0%
Justicia Federal de Mar del Plata	163	2,7%	13,9%
Justicia Federal de Córdoba	139	2,3%	11,8%
Justicia Federal de General Roca	128	2,1%	10,9%
Justicia Federal de Paraná	117	2,0%	10,0%
Justicia Federal de San Martín	94	1,6%	8,0%
Justicia Federal de Bahía Blanca	63	1,1%	5,4%
Justicia Federal de Rosario	62	1,0%	5,3%
Justicia Federal de La Plata	57	1,0%	4,9%
Justicia Federal de Salta	37	0,6%	3,2%
Justicia Federal de Tucumán	36	0,6%	3,1%
Justicia Federal de Resistencia	28	0,5%	2,4%
Justicia Federal de Comodoro Rivadavia	26	0,4%	2,2%
Justicia Federal de Posadas	13	0,2%	1,1%
Justicia Federal de Corrientes	12	0,2%	1,0%
Justicia Nacional (CABA)	1.350	22,6%	100,0%
Cámara Nacional del Trabajo	534	8,9%	39,6%
Cámara Nacional Civil	484	8,1%	35,9%
Cámara Nacional Comercial	139	2,3%	10,3%
Cámara Nacional de Casación Penal	116	1,9%	8,6%

Justicia Nacional (desagregación)	Causas	% sobre el total general	% sobre la jurisdicción específica
Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional	66	1,1%	4,9%
Juez Nacional de 1º Instancia	11	0,2%	0,8%

Fuente: elaboración propia a partir de los datos producidos en la investigación.

Como puede apreciarse, la Cámara Federal de la Seguridad Social es el tribunal federal de la Capital que más causas ha hecho llegar a la CS (40,5% de las causas provenientes de la justicia federal de CABA se originan en dicho tribunal). En la Justicia Federal del interior, los números son relativamente parejos, liderando el ranking las circunscripciones federales con sede en Mar del Plata (13,9% del total de causas provenientes del fuero federal con sede en el interior), Córdoba (11,8%), General Roca (10,9%) y Paraná (10,0%).

En cuanto a la justicia nacional radicada en la Ciudad de Buenos Aires, cabe recordar que es la jurisdicción que tiene a su cargo fundamentalmente la resolución de las controversias de comunes (no federales o comunes) que tramitan ante esta ciudad, hasta que se haga efectiva la transferencia de estas materias a la Ciudad de Buenos Aires (imperativo de la reforma constitucional de 1994 que aún no ha sido satisfecho). En 2018, se destacaron los fueron laboral y civil: el 39,6% de las causas decididas por la CS provenientes de esta rama del Poder Judicial de la Nación se originaron en la Cámara del Trabajo y el 35,9% de la Cámara Nacional Civil.

III.2.4. Órganos extrajudiciales (administrativos/tribunales arbitrales)

Siguen siendo muy escasas las oportunidades la CS debe pronunciarse revisando decisiones que no provienen de un tribunal de justicia. Se trata —como es sabido— de hipótesis de extrema excepcionalidad en las que no es posible obtener, en las instancias ordinarias, la revisión judicial de resoluciones que afectan derechos y garantías constitucionales, como ocurre con las decisiones emanadas de juicios políticos (7) o de jurados de enjuiciamiento de magistrados de la justicia nacional (8). Solo cinco causas resueltas por la CS en 2018 provenían de esta clase

(7) La CS ha considerado que el procedimiento de juicio político es materia susceptible de revisión judicial, en tanto las garantías constitucionales de defensa en juicio y el debido proceso pueden constituir materia federal en los términos del artículo 14 de la ley 48 (CS, “Boggiano”, 2006, entre otros).

(8) La CS se ha pronunciado en reiteradas oportunidades respecto de los estándares (similares a los mencionados en la nota anterior, por los que se permite la revisión judicial de las decisiones de los jurados de enjuiciamiento y, en particular, sobre la posibilidad excepcional de impugnación a través del recurso extraordinario federal cuando se trata de decisiones referidas a magistrados integrantes de la Justicia Nacional (*v.* CS, casos “Graffigna Latino”, 1986; “Nicosia”, 1993; “Brusa”, 2003, entre muchos otros).

de órganos. No hubo pronunciamientos sobre recursos deducidos directamente contra decisiones de tribunales arbitrales.

III.3 Admisibilidad y procedencia de los recursos

Como explicáramos al inaugurar esta línea de investigación (Giannini, 2018, pp. 1209-1213, 1233), la CS dejó de publicar a partir de 2013 datos relevantes referidos a la admisibilidad y procedencia sustancial de los recursos que llegan anualmente a sus estrados. Luego de la presentación de dicho informe, como fuera anticipado (v. *supra*, parágrafo I), la CS llevó a cabo una revisión metodológica destinada a mitigar dicho vacío, incorporando datos sobre la admisión formal y de acogimiento sustancial de recursos.

Hemos mantenido la producción autónoma de dichos datos a efectos de verificar la consistencia o eventual discordancia de ambos relevamientos.

III.3.1. Admisibilidad / inadmisibilidad

El primer grupo de datos se refiere a la admisibilidad de los recursos que arriban a la CS, en sus dos aspectos principales: a) la tasa de admisión: cuántos recursos son admitidos y cuántos no lo son; y b) las causales por las que se declara la inadmisibilidad.

Para una adecuada sistematización de la información, hemos se computar únicamente las decisiones definitivas de la CS dictadas en ejercicio de su competencia apelada. Es decir, que no serán consideradas como factor para la ponderación cuantitativa o proporcional, los juicios originarios u otras competencias no recursivas de la Corte (regulación de honorarios, cuestiones de competencia, presentaciones varias, etc.). La tabla general de recursos decididos definitivamente por la CS en 2018 es la siguiente:

Tabla 10: Competencia apelada - recursos decididos definitivamente (2018)

Recurso	Causas	%	% (sin horizontales)
Queja REF	4.796	80,4%	83,0%
REF	935	15,7%	16,2%
Revocatoria o aclaratoria	181	3,0%	
Per saltum	26	0,4%	0,5%
ROR	10	0,2%	0,2%
Queja ROR	8	0,1%	0,1%
Nulidad / revisión	8	0,1%	
Total	5.964	100,0%	

Fuente: elaboración propia a partir de los datos producidos en la investigación.

Esta tabla corrobora la notable preeminencia del recurso extraordinario federal como vía recursiva casi exclusiva de acceso a la CS, sobre la que ya nos hemos pronunciado (v. *supra*, apartado II.1.b). Más del 96,5% de los medios impugnativos decididos definitivamente corresponden al recurso extraordinario, su queja o el *per saltum* (variante de recurso extraordinario deducido contra una sentencia que no proviene del superior tribunal de la causa). Incluso, si no computamos los recursos horizontales (nulidad, revisión, revocatoria o aclaratoria), que son interpuestos contra decisiones de la misma Corte, el predominio es absoluto: un 99,4% de los recursos que llegan a la Corte (sin computar los que se deducen contra decisiones del mismo tribunal) son variantes del recurso extraordinario.

Formulada esta aclaración, estamos en condiciones de presentar los resultados referidos a la tasa de admisión de los recursos llevados a conocimiento de la CS, junto con la tasa de éxito de los recursos admitidos (o, lo que es su contracara, la de revocación de sentencias recurridas). Comenzaremos con la vía recursiva más relevante: el recurso extraordinario federal. Los resultados fundamentales son los siguientes:

Tabla 11: Tasa de admisión y revocación - REF y queja REF

Admisibilidad / procedencia	Queja REF	%	REF	%	Total	%
Recurso inadmisibile	4.386	91,5%	555	59,4%	4.941	86,2%
Recurso admisible (revoca totalmente la sentencia)	256	5,3%	256	27,4%	512	8,9%
Recurso admisible (revoca parcialmente sentencia)	83	1,7%	39	4,2%	122	2,1%
Recurso admisible - improcedente (confirma sentencia)	7	0,1%	47	5,0%	54	0,9%
Otro	64	1,3%	38	4,1%	102	1,8%
Total general	4.796	100,0%	935	100,0%	5.731	100,0%

Fuente: elaboración propia a partir de los datos producidos en la investigación.

Como lo expresáramos al relevar el período 2016 (Giannini, 2018, p. 1239), la tabla precedente muestra la información que desvela a los recurrentes cuando eligen acudir a la CS en busca de una resolución final de su caso. En particular, permite apreciar la reducida tasa de admisión del recurso extraordinario (la senda casi exclusiva de acceso ante la Corte Suprema). Como puede apreciarse, solo el 12% de los casos que llegan a la CS por esta vía superan el valladar formal de ingreso y llegan a un pronunciamiento de mérito, mientras que más del 86% es frontalmente declarado inadmisibile.

Desagregando nuevamente la información, puede nuevamente apreciarse que la tasa de admisión es más alta en los recursos extraordinarios federales previamente concedidos por el *a quo* (36,6%) que en los que fueran denegados y motivaran la deducción del recurso de queja (7,2%). Este dato confirma una vez más la percepción habitual en los recurrentes según la cual la concesión del recurso extraordinario por el tribunal inferior mejora las perspectivas futuras de admisión ante el máximo tribunal. Ello no responde, como es por demás sabido, a alguna forma de vinculación formal ni material del juicio de admisión del *a quo* sobre la Corte, ya que esta no se encuentra ni se siente condicionada por lo decidido por los tribunales inferiores en la materia. Sin embargo, como sucediera en el relevamiento previo (Giannini, 2018, pp. 1239-1240), los números confirman que la Corte es más propensa a seguir al *a quo* respecto de la admisión cuando este concedió el recurso que cuando lo denegó.

Haciendo el mismo ejercicio respecto de los restantes recursos analizados (recurso ordinario de apelación ante la CS y recursos horizontales —aclaratoria, revocatoria, etc.—) los resultados son los siguientes:

Tabla 12: Tasa de admisión y revocación - ROR y queja ROR

Resultado ROR y Queja ROR	Causas	%
Recurso inadmisibile	10	55,6%
Recurso admisible (revoca totalmente la sentencia)	1	5,6%
Recurso admisible (revoca parcialmente sentencia)	1	5,6%
Recurso admisible - improcedente (confirma sentencia)	5	27,8%
Otro	1	5,6%
Total general	18	100,0%

Fuente: elaboración propia a partir de los datos producidos en la investigación.

Los pocos recursos ordinarios y quejas por su denegación que quedan luego de la declaración de inconstitucionalidad de esta vía impugnativa en el caso “Anadon” (CS, 2015), han tenido mejor desempeño en cuanto a la admisibilidad que la combinación del recurso extraordinario y su queja. Como puede apreciarse, la tasa de inadmisión es proporcionalmente alta (más de la mitad de los recursos corren esta suerte), pero no alcanza al 86% de desestimaciones del recurso extraordinario.

En cuanto a los recursos horizontales, con los que los recurrentes intentan cuestionar *in extremis* las decisiones de la CS, acudiendo a la doctrina del mismo tribunal que habilita excepcionalmente esta revisión atípica (v. sobre el punto, Peyrano, 2007; Loutayf Ranea, Loutayf, Loutayf y Solá, 2012; Giannini, 2004), los resultados son los siguientes:

Tabla 13: Tasa de admisión y revocación - recursos horizontales (revocatoria, aclaratoria, etc.)

Resultado recursos horizontales	Causas	%
Recurso inadmisibles	176	93,1%
Recurso admisible (revoca totalmente la sentencia)	6	3,2%
Recurso admisible (revoca parcialmente sentencia)	0	0,0%
Recurso admisible - improcedente (confirma sentencia)	2	1,1%
Otro	5	2,6%
Total general	189	100,0%

Fuente: elaboración propia a partir de los datos producidos en la investigación.

Las cifras precedentes corroboran el carácter marcadamente excepcional con el que la CS autoriza a los litigantes a requerir la revisión de sus propias decisiones finales frente a errores de extrema gravedad y patencia: más del 93% de estos intentos son declarados inadmisibles.

Cabe advertir finalmente que las tablas anteriores contienen datos relevantes para identificar la tasa general de revocación de sentencias en esta sede. Se trata de un aspecto sobre el que volveremos más adelante (v. *infra*, apartado III.3), luego de analizar las causales más frecuentes de inadmisión de los recursos extraordinarios.

III.3.2. Causales de inadmisión

En esta edición se ha renovado el análisis sobre las causales más frecuentes de inadmisibilidad de los recursos.

En el informe anteriormente elaborado para el período 2016 (Giannini, 2018, p. 1240), pudimos comprobar una intuición que toda persona apenas familiarizada con la actuación ante la Corte tiene: el notable predominio de la desestimación por aplicación del dispositivo de selección previsto en el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial (CPCN). Dicha norma —como es sabido— permite a la Corte, según su “sana discreción” y sin dar motivación alguna (con la sola cita de la norma), declarar inadmisibles recursos extraordinarios que porten cuestiones intrascendentes, insuficientes o insustanciales (9). Explicamos en esa oportunidad que el 81% de los recursos no admitidos en 2016 lo fueron por aplicación del denominado *certiorari* negativo, lo que equivalía al 72% de la totalidad de las resoluciones definitivas dictadas ese año por la CS.

(9) Remitimos sobre el punto al análisis realizado en Giannini, *El certiorari. La jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*, 2016, especialmente v. II.

Dicho predominio se mantuvo en 2018, aunque con una no despreciable reducción del impacto proporcional del *certiorari* entre las causales de inadmisión de los recursos, como puede verse a continuación:

Tabla 14: Causales de inadmisibilidad (REF y Queja REF)

Causal de inadmisibilidad	Queja REF	%	REF	%	Total	
					Inadmisión	%
Artículo 280 CPCN	2.916	66,5%	468	84,3%	3.384	68,5%
Acordada 4/07	567	12,9%	17	3,1%	584	11,8%
Sentencia no definitiva	310	7,1%	28	5,0%	338	6,8%
Falta fundamentación	117	2,7%	1	0,2%	118	2,4%
Plazo (extemporaneidad)	115	2,6%	1	0,2%	116	2,3%
Desistimiento	100	2,3%		0,0%	100	2,0%
Gravamen / cuestión abstracta	79	1,8%	19	3,4%	98	2,0%
CF ausente o insuficiente	13	0,3%	2	0,4%	15	0,3%
Tribunal superior de la causa	4	0,1%		0,0%	4	0,1%
Ausencia resolución contraria	3	0,1%		0,0%	3	0,1%
Falta legitimación	1	0,0%		0,0%	1	0,0%
Otros	161	3,7%	19	3,4%	180	3,6%
Total	4.386	100%	555	100%	4.941	100%

Fuente: elaboración propia a partir de los datos producidos en la investigación.

Como puede apreciarse, el *certiorari* sigue siendo por lejos el motivo más frecuente de inadmisibilidad de los recursos extraordinarios que llegan anualmente a la Corte, aunque en 2018 la incidencia porcentual de este filtro cualitativo se redujo del 81% de los recursos no admitidos (2016) al 68,5% en 2018. Si comparamos los recursos a los que se aplicó el artículo 280 del CPCN (3.384) con la totalidad de los decididos (5.731, incluyendo a los admitidos y no admitidos), llegamos a la conclusión que durante ese período se filtró por esta vía el 59% de los recursos extraordinarios resueltos.

Le sigue en orden de relevancia el incumplimiento de la Acordada 4/07, que determina las condiciones formales que deben respetar los recursos extraordinarios (extensión, cantidad de líneas por página, etc.), además de algunas exigencias técnicas que se superponen con los recaudos de admisión tradicionales (*vg.*, demostración de la existencia de una cuestión federal, que tenga relación directa e inmediata, indicación de primera oportunidad en la que fue planteada la cuestión federal, etc.). Un 11,8% de los recursos inadmitidos en 2018 lo fue por incumplir alguna de las exigencias de esa acordada, lo que equivale al 10,2% de los

recursos extraordinarios que llegaron a la CS en ese año (incluyendo admisibles e inadmisibles).

Sintetizando lo hasta aquí expuesto acerca de la suerte final que han tenido los recurrentes al acudir ante la CS, podemos afirmar que de cada diez recursos extraordinarios que llegaron al máximo tribunal en 2018, ocho y medio fueron declarados inadmisibles (seis de ellos por aplicación del artículo 280 del CPCN), mientras que solo uno de cada diez logró su objetivo: revocar total o parcialmente la sentencia atacada.

III.3.3. Tipo de cuestión federal en juego

Una de las parcelas de la investigación que desborda el análisis de los fallos de la CS y requiere ir más allá en el examen documental es el referido al tipo de cuestión federal invocada como motivo del recurso extraordinario y su queja.

En este campo, en el que no existen relevamientos estadísticos de calidad, resulta fundamental penetrar en el contenido de los recursos anteriormente decididos, para verificar qué tipo de cuestión federal fue argumentada como sustento de la impugnación. Esta necesidad viene, en general, acompañada de un serio obstáculo metodológico: un porcentaje muy alto de los recursos deducidos no se encuentran digitalizados en el sistema de gestión de causas de la CS ni en los de los superiores tribunales de provincia de los que las causas provienen. Ello demandaría realizar un examen físico de los expedientes decididos por la Corte para indagar en el contenido de los recursos, con el grave inconveniente de que, para el momento en el que el estudio se realiza, las causas se encuentran o archivadas o han sido devueltas a las jurisdicciones de origen, lo que prácticamente imposibilita profundizar en el punto en un plazo razonable para un grupo como el que encara esta investigación.

Sin perjuicio de ello, hemos de presentar los resultados obtenidos a partir del examen de los recursos que se encuentran efectivamente disponibles en el sistema de gestión de expedientes del Poder Judicial de la Nación o de las provincias de las que los asuntos provienen. Dichos recursos fueron analizados en su contenido, para detectar el tipo de cuestiones federales invocadas en ellos.

Como es sabido, la materia que da lugar al recurso extraordinario está prevista desde 1863 en el artículo 14 de la ley 48, que prevé en tres incisos las cuestiones federales susceptibles de esta vía, a saber:

1. Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un Tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez;
2. Cuando la

validez de una ley, decreto o autoridad de Provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los Tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia; y 3. Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un Tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho; privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio.

Varias han sido las clasificaciones intentadas respecto de dichos motivos del recurso extraordinario, aunque la Corte no suele seguir dichas categorías rígidas en sus decisiones. Sí suele hacer referencia al tipo de cuestión federal en juego al evaluar la “procedencia formal” del recurso, citando el inciso del artículo 14 de la ley 48 que abre su competencia para entender en el asunto. A los efectos de esta investigación, se ha seguido la lógica aplicada por la Corte en sus fallos para determinar el tipo de cuestión federal en juego. Al completar la información de cada decisión relevada, distinguimos el tipo de cuestión federal en juego verificando el inciso aplicable del artículo 14 de la ley 48. Únicamente añadimos un campo específico para el caso de resolución de planteos de arbitrariedad. Si bien la Corte ha dado a entender que la arbitrariedad no es una causal autónoma ni un “cuarto inciso” de la norma aludida (10), nos pareció oportuno contar con un relevamiento específico que permita evaluar el impacto que dicha doctrina tiene en la agenda decisoria del máximo tribunal.

De las causas en las que se ha podido acceder al contenido del recurso extraordinario, el relevamiento arroja las cifras que se indican en la tabla siguiente. Para una adecuada interpretación de los resultados, cabe destacar que cuando un recurso presentó más de un tipo de cuestión federal (por ejemplo, se plantea un caso del artículo 14, inc. 2, más la denuncia de arbitrariedad en el fallo), ambos planteos son contabilizados independientemente. Por ello, la sumatoria de las causas en las que se obtuvieron los datos no es equivalente (de hecho, es significativamente inferior) a la sumatoria de las veces en las que los distintos tipos de cuestiones federales fueron invocadas. El criterio metodológico es adecuado, ya que lo que se busca obtener en esta parte del estudio es la frecuencia de la utilización de las distintas categorías de cuestiones federales, lo que demanda sumar individualmente cada vez que una de ellas es articulada, por más que el resultado

(10) Ha señalado la CS en tal sentido que: “Cabe asignar carácter federal al supuesto de ‘arbitrariedad de sentencias’, que lejos de constituir un fundamento autónomo de la apelación autorizada por el artículo 14 de la ley 48, constituye el medio idóneo para asegurar el reconocimiento de alguna de las garantías consagradas en la Carta Magna” (CS, “Christou”, 1987, considerando 5º; en similar sentido: CS, “García”, 1969; “Vitale”, 1992; 331:1178, etc.).

final arroje una cifra necesariamente mayor a la cantidad de recursos analizados. Aclarado el punto, vayamos a los resultados de esta parcela de la investigación:

Tabla 15: Tipo de cuestión federal invocada

Cuestión federal	Causas	%
Artículo 14 inc. 1	432	11,7%
Artículo 14 inc. 2	204	5,5%
Artículo 14 inc. 3	1.155	31,3%
Arbitrariedad	1.898	51,5%
Total	3.689	100,0%

Fuente: elaboración propia a partir de los datos producidos en la investigación.

La tabla refleja un amplio predominio de los planteos de arbitrariedad en los recursos a cuyo contenido pudo accederse (más de la mitad de los recursos consultados presentaban un argumento de este tenor). También, dentro de las categorías “clásicas”, se aprecia una preeminencia de la contemplada en el artículo 14, inc. 3 de la ley 48, conocida como cuestión federal “simple” en la clásica categorización de Imaz y Rey (Imaz y Rey, 2000, pp. 77-177). En ellas, se pretende ante la CS la revisión de la inteligencia de una norma que forma parte del bloque federal (vg., una cláusula de la Constitución nacional, de un tratado internacional, de una ley federal, o una autoridad ejercida en nombre de la Nación), aunque también mediante dicho inciso en general es denunciada la arbitrariedad de sentencias.

III.3.4. Procedencia sustancial de los recursos. Tasa de revocación

En el presente apartado se relevan los datos referidos a la procedencia sustancial de los recursos o, en otras palabras, a la tasa de confirmación o revocación de las decisiones sometidas a revisión ante la CS.

Previamente se anticiparon las cifras generales de revocación de sentencias recurridas. Aproximadamente uno de cada diez recursos extraordinarios decididos por la Corte (exactamente el 11,1%) logra su objetivo: la revocación total (8,9%) o parcial (2,1%) de la sentencia atacada. En los escasos recursos ordinarios de apelación remanentes, la cifra es prácticamente equivalente.

Profundizaremos aquí en un indicador adicional, referido a la intensidad de la revocación una vez que el recurso es admitido. La cifra previamente presentada permite calcular la incidencia proporcional de los recursos exitosos sobre los decididos finalmente, información que resulta esencial para conocer el funcionamiento de la CS y el rendimiento de los recursos previstos para acceder a sus estrados.

Otro dato también puede extraerse de la información procesada, como es la incidencia porcentual de las decisiones confirmatorias o revocatorias sobre el total de los recursos *admitidos*, es decir, analizar que tasa de éxito que tienen los recursos una vez que superan el primer valladar formal o selectivo. Para obtener esta cifra basta con precisar la información presentada en la tabla 11 (“tasa de admisión y revocación”), insertando una comparación adicional: la de los recursos procedentes (con revocación de sentencias) con los recursos admitidos (es decir, los que llegaron a una decisión de mérito). Como veremos más adelante, dicha información permite extraer conclusiones relevantes sobre interrogantes que parecen distantes, como el ejercicio de la potestad de selección contemplada en el artículo 280 del CPCN. La tabla así modificada es la siguiente:

Tabla 16: Tasa de revocación (recursos extraordinarios totales y admitidos)

Resultado	Total	%	% (s/ admitidos)
Recurso inadmisibles	4.941	86,2%	
Recurso admisible (revoca totalmente la sentencia)	512	8,9%	74,4%
Recurso admisible (revoca parcialmente sentencia)	122	2,1%	17,7%
Recurso admisible - improcedente (confirma sentencia)	54	0,9%	7,8%
Otro	102	1,8%	
Total general	5.731	100%	

Fuente: elaboración propia a partir de los datos producidos en la investigación.

Como puede advertirse, la tasa de éxito de los recursos una vez superada la fase de admisión es realmente elevada: el 92,2% de los recursos admitidos en 2018 lograron revocar total (74,4%) o parcial (17,7%) de la sentencia atacada. La diferencia con la tasa de éxito de los recursos extraordinarios cuando se los compara con la totalidad de las decisiones definitivas (incluyendo las que declaran la inadmisibilidad de los recursos), es ostensible: como vimos, solo el 11,1% de los recursos que llegan a la CS son total o parcialmente exitosos.

La tendencia es sustancialmente consistente con la demostrada al analizar el período 2016 (Giannini, 2018, pp. 1246-1247). Sostuvimos allí que el cotejo de las cifras aludidas en el párrafo anterior introduce un indicio adicional para corroborar una hipótesis sostenida en otro lugar (Giannini, 2016, t. II, pp. 187, 675-767), al afirmar que el criterio de *verosimilitud de la impugnación* es una pauta frecuentemente utilizada por la CS para juzgar la aplicación o no del artículo 280 del CPCN. En otros términos, que las perspectivas de éxito de los recursos juegan un rol significativo en el uso del dispositivo discrecional de admisión autorizado en aquel precepto. Aunque la decisión que aplica el llamado *certiorari* negativo y desestima el recurso carece de motivación, es posible arribar a dicha conclusión por otros

medios. Uno de ellos, que aquí se verifica, es la tasa de éxito de los recursos que superan el valladar en cuestión. Como se aprecia de las cifras presentadas, la cantidad global de recursos procedentes en el mérito es baja (un 11% aproximadamente), pero es muy elevada la tasa de revocación una vez que las impugnaciones superan la barrera de admisión (más de un 92%). Es muy difícil suponer que justo en las 9 de cada 10 causas que la Corte considera trascendentes (y, por ende, decide en el mérito) existen errores de juzgamiento que motivan la revocación del fallo atacado. La hipótesis más probable, que es la que procuramos verificar en la obra citada, es que el análisis de “trascendencia” sea solo el inicio de un proceso decisorio más complejo, en el que la CS decida ingresar no solo en causas que portan cuestiones relevantes, sino además en aquellos que aportan discusiones carentes de importancia pública general, pero que cuentan con reales perspectivas de éxito en virtud de la patencia *prima facie* de la lesión constitucional invocada (por ej., de la denuncia de arbitrariedad del fallo).

IV. Técnicas de decisión y motivación

Al igual que en el reporte correspondiente al año 2016 (Giannini, 2018, pp. 1247-1250), se analizará en este capítulo distintos aspectos vinculados con la técnica de decisión y motivación de la Corte Suprema. Se abordarán cuatro puntos fundamentales: 1) en primer lugar, se distinguirán las causas resueltas mediante una fundamentación amplia, de las que se no requieren dicha motivación porque: a) basan en la utilización de fórmulas estereotipadas; o b) remiten a precedentes o a lo dictaminado por el Ministerio Público; 2) en segundo lugar, se presentarán datos concernientes a la extensión de las sentencias de la CS; 3) en tercer término, se indagará en la frecuencia de la intervención previa de la Procuración General; y 4) finalmente, se hará referencia a la asiduidad de las disidencias en el seno de la CS.

IV.1. Fundamentación amplia vs. motivación “por remisión” o “por fórmulas”

Una de los reparos formulados oportunamente al modo en que la CS elaboraba su estadística hasta 2019 fue la combinación de categorías carentes de denominadores comunes a la hora de presentar datos significativos, como los referidos a la distinción entre decisiones dotadas de una fundamentación amplia y resoluciones carentes de motivación o motivadas mediante remisiones (*vg.*, al dictamen del Ministerio Público o a precedentes) o “fórmulas” (por ej., las que desestiman recursos por aplicación del artículo 280 del CPCN o por incumplimiento de las condiciones formales establecidas en la Acordada 4/07).

Como lo explicáramos en esa oportunidad (Giannini, 2018, p. 1247), dicho error clasificatorio afectaba a la calidad de la información reunida. Por ello se siguió un

criterio diverso, consistente en procesar la totalidad de las decisiones dictadas y causas resueltas por la CS en ese período distinguiéndose cuatro categorías de técnica decisoria que se refieren exclusivamente a la magnitud y modalidad de motivación (incluyendo a su ausencia): 1) los fallos dictados con una fundamentación amplia; 2) los que deciden mediante fórmulas; 3) los que remiten a precedentes; y 4) los que remiten sustancialmente al dictamen del Ministerio Público.

Con la referida metodológica general de 2019 (*v. supra*, apartado I), la estadística oficial de la CS ha mejorado en este campo, pero se ha perdido un dato comparativo relevante. En cuanto a la mejora, se ha dejado de agrupar la información siguiendo criterios clasificatorios heterogéneos, concentrando la atención en las distintas formas de motivación de las decisiones analizadas. Sin embargo, en el capítulo pertinente del relevamiento estadístico oficial (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2019, gráfico “Cantidad de sentencias por remisión”), se distinguen solo las sentencias que remiten a precedentes de las que lo hacen al dictamen de la Procuración General. No se comparan estos datos con los casos de fundamentación amplia, ni con otra variante de motivación limitada, como son las decisiones que utilizan fórmulas (artículo 280, CPCN, Acordada 4/07, etc.).

Consideramos que la comparación entre dichas variantes cualitativas de fundamentación es relevante para entender mejor el funcionamiento de la Corte, motivo por el cual se presenta la información así sistematizada a continuación:

Tabla 17: Tipo de motivación

Fundamentación	Recursos	%	JO	%	Otros	%	Total	%
Amplia	224	3,8%	43	21,3%	31	2,6%	298	4,0%
Por fórmulas	5.100	85,5%	21	10,4%	100	8,4%	5.221	70,9%
Remisión precedentes	550	9,2%	104	51,5%	267	22,3%	921	12,5%
Remisión al MP	94	1,6%	34	16,8%	799	66,8%	927	12,6%
Total	5.968	100%	202	100%	1.197	100%	7.367	100%
Referencias de la tabla:								
- <i>Motivación por fórmulas</i> : incluye artículo 280 CPCN; Acordada 4/07; recurso fuera de plazo; motivaciones breves como las regulaciones de honorarios, etc.								
- <i>Otros</i> : incluye regulaciones de honorarios, presentaciones varias, etc.								
- <i>JO</i> : Juicios originarios								

Fuente: elaboración propia a partir de los datos producidos en la investigación.

IV.2. Extensión de los fallos

Brindaremos en este apartado algunos datos referidos a la extensión de los fallos de la CS.

Se trata de una serie de datos cuantitativos que —ocioso es decirlo— no necesariamente refleja la profundidad del análisis que se hace de cada caso, ni de la calidad los fundamentos de las sentencias. Como fuera advertido en el primer informe (Giannini, 2018), en dos páginas bien articuladas muchas veces se pueden brindar mejores motivos que en veinte páginas de glosas. Sin embargo, conocer la extensión promedio de las sentencias sirve como parámetro inicial para analizar comparativamente el estilo de los tribunales (entre ellos, los superiores).

De acuerdo al relevamiento realizado, la extensión máxima de un fallo en el período 2018 fue de 99 páginas. La mínima, obviamente, es de 1 página. El promedio de extensión de los fallos de la Corte (incluyendo sentencias definitivas y resoluciones de otro tipo dictadas en acuerdo) es de 1,6 páginas (apenas superior al promedio de 2016, que fue de 1,4 páginas). Cuando distinguimos la extensión del fallo de acuerdo a la tipología de motivación referida en el apartado anterior, verificamos que la extensión promedio de una sentencia de la CS que cuenta con fundamentación plena, es de 7 páginas, reduciéndose drásticamente, como es normal, en los casos de remisión y utilización de fórmulas. Resumiendo:

Tabla 18: Extensión de los fallos

Tipo de motivación	Promedio	Mínimo	Máximo
Fundamentación amplia	7,0	1	99
Por fórmulas	1,2	1	20
Por remisión precedentes	2,0	1	12
Por remisión al MP	1,3	1	34
Total general	1,6	1	99

Fuente: elaboración propia a partir de los datos producidos en la investigación.

IV.3. Dictamen previo de la Procuración General

La finalidad y procedencia de la intervención de la Procuración General (o de los procuradores fiscales ante la CS cuando aquel lo dispone) en el conocimiento y decisión de los casos tramitados ante la Corte ha variado en el tiempo, tal como lo explicamos anteriormente con más detenimiento (Giannini, 2018, pp. 1250-1251).

La estadística oficial sigue sin reflejar la cantidad de asuntos en los que la Procuración dictamina ante la CS, dato que —obviamente— no puede ser confundido con la frecuencia de la remisión a su dictamen. Este último dato, como fuera anticipado, ha sido incorporado en la estadística de la Corte, pero solo refleja parcialmente la intervención de la cabeza del Ministerio Público en esta sede, ya que no permite visualizar las hipótesis en las que el tribunal no remite a su dictamen para resolver.

Siendo que entre los antecedentes de los asuntos llevados al acuerdo por la CS se encuentran los dictámenes de la Procuración, es posible desentrañar qué cantidad de asuntos se resuelven anualmente previa vista a dicha repartición, con independencia de su influencia final en lo resuelto. En la tabla siguiente se presentan los datos referidos a la totalidad de las causas decididas por la CS en el año 2018.

Tabla 19: Dictamen previo PG

Dictamen PG	Recursos	%	Originarios	%	Otros	%	Total	%
Sin dictamen	5.644	74,0%	43	0,6%	198	2,6%	5.885	77,1%
Con dictamen	324	4,2%	159	2,1%	999	13,1%	1.482	19,4%
N/D	208	2,7%	56	0,7%		0,0%	264	3,5%
Total general	6.176	80,9%	258	3,4%	1.197	15,7%	7.631	100,0%

Fuente: elaboración propia a partir de los datos producidos en la investigación.

Como puede apreciarse, el dictamen previo de la Procuración General está presente en un 19,4% de las causas resueltas por la CS. Sin embargo, la intervención en la resolución de casos contenciosos es proporcionalmente mucho más reducida: poco más del 4% de los recursos y del 2% de los juicios originarios requirieron su opinión. La diferencia entre la intervención de la Procuración en recursos y juicios originarios, por un lado, y otro tipo de asuntos, responde al carácter potestativo que tiene la primera, versus la obligatoriedad impuesta para algunas de las principales manifestaciones de los últimos, como las cuestiones de competencia (arts. 25, inc. J y 33, inc. 2 de la ley 24.946; artículo 2, inc. F, ley 27.148).

Computando únicamente los recursos admisibles (es decir, aquellos resueltos en el mérito por la CS, confirmando o revocando la sentencia atacada), es posible tener una aproximación más precisa a la frecuencia cuantitativa de la intervención del Ministerio Público.

Tabla 20: Dictamen Procuración General (detalle admisibilidad)

Dictamen PG	Recurso admisible	%	Recurso inadmisibile	%
Con dictamen	180	24,29%	109	2,50%
Sin dictamen	561	75,71%	4248	97,50%
Total	741	100,00%	4357	100,00%

Fuente: elaboración propia a partir de los datos producidos en la investigación.

Los datos corroboran la tendencia indicada para el período 2016 (Giannini, 2018, p. 1252), donde advertimos que la incidencia proporcional de la intervención de la Procuración en la órbita recursiva (incluyendo el recurso extraordinario federal y su queja) es mayor en los recursos que llegan a una decisión de mérito.

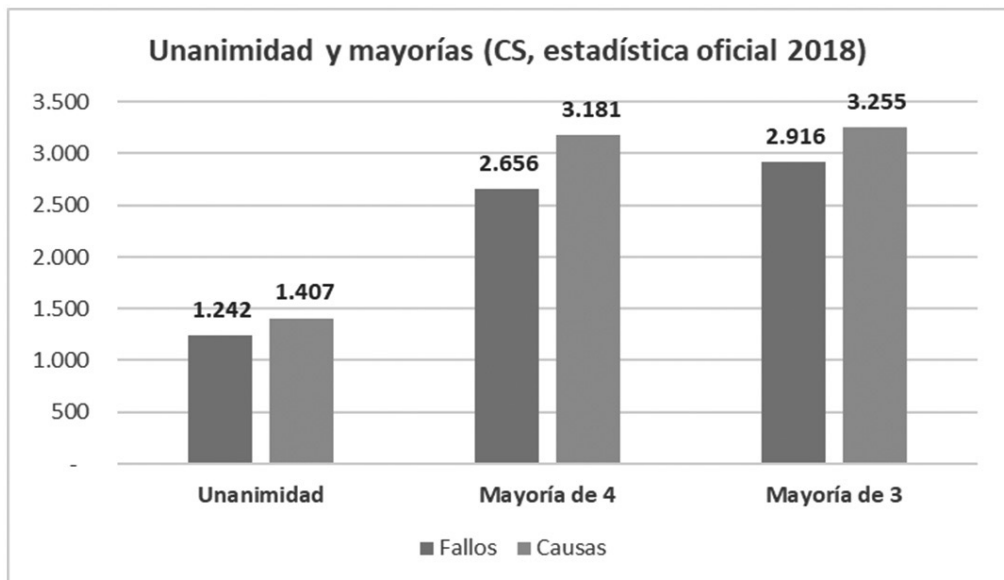
Un 24,3% de los recursos decididos en el fondo (confirmando o revocando la sentencia atacada) contaron con previo dictamen del Ministerio Público (en 2016 la cifra fue similar: 24,6%).

IV.4. Cantidad de jueces por sentencia. Cohesión: unanimidad y disidencias

En este apartado se analiza el número de jueces con el que la Corte dicta sus fallos, aportando adicionalmente información atinente al grado de cohesión y la frecuencia de disidencias en su seno.

La estadística tradicional CS carecía de datos a este respecto, motivo por el cual incluimos un capítulo especial sobre el punto en el informe producido para el año 2016 (Giannini, 2018, págs. 1252-1255). Con la revisión metodológica de 2019, la CS comenzó a publicar algo de información al respecto (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2019, “Cantidad de sentencias por votación”). Las cifras son presentadas distinguiendo las decisiones y causas dictadas por unanimidad, por mayoría de cuatro jueces o por mayoría de tres jueces, en estos términos.

Ilustración 3: Unanimidad y mayorías (CS, estadística oficial 2018)



Fuente: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2019, “Cantidad de sentencias por votación”.

El problema de la tabla así presentada es que la sistematización utilizada (unanimidad, mayoría de 4 y de 3) agrupa bajo un mismo concepto impide conocer un dato fundamental: la cohesión o frecuencia de disidencias en el seno de la CS. La

CS llama “unanimidad” al pronunciamiento dictado por la totalidad de los jueces que la componen, sin disidencias entre ellos. Mientras que denomina pronunciamiento “por mayoría” al que se adopta por cuatro o tres jueces, con la disidencia o abstención de los restantes. Al uniformar la información sobre disidencias y abstenciones, la estadística nos priva de un dato fundamental. La abstención consiste en que un juez no intervenga en un caso determinado, para lo cual no necesita excusarse ya que la CS puede pronunciarse sobre un asunto siempre que tenga los votos suficientes para hacer mayoría. Ahora bien, la abstención no implica estar en desacuerdo con la mayoría, sino simplemente no participar de la decisión. En cambio, la disidencia importa un desacuerdo sobre la decisión a adoptar, por lo que la información sobre esta discordancia es relevante para arribar a conclusiones sobre el grado de cohesión y pluralidad de la Corte. No puede entonces tratarse del mismo modo fenómenos tan distintos y cuya distinción tiene utilidad.

Consideramos más apropiado mantener la doble distinción que introdujimos al inaugurar este proyecto (Giannini, 2018, pp. 1252-1255), presentando por separado los datos referidos a la cantidad de jueces con los que la CS dicta sus fallos y los atinentes a la unanimidad o mayorías. Para ello seguiremos considerando “unánimes” a los fallos dictados sin disidencias entre los jueces que participan del acuerdo, por más que haya abstenciones. Se trata de un criterio distinto al que —como recién explicamos críticamente— utiliza la CS en su nueva estadística.

Los resultados obtenidos computando únicamente las decisiones definitivas, son los siguientes:

Tabla 21: Cantidad de jueces por fallo y por causa resuelta definitivamente

Cantidad jueces	Fallos	%	Causas	%
3	2.598	38,8%	2.687	36,5%
4	2.588	38,7%	2.971	40,4%
5	1.503	22,5%	1.705	23,2%
Total	6.689	100%	7.363	100%

Fuente: elaboración propia a partir de los datos producidos en la investigación.

La tendencia se ha modificado sustancialmente desde el último informe correspondiente al año 2016 (Giannini, 2018, pp. 1253-1254). En dicha oportunidad se constataba un notable predominio de decisiones resueltas con un quorum estricto de 3 jueces: alrededor del 90% de las sentencias dictadas en ese período lo fueron con dicha integración mínima. Se trataba, claro está, de una Corte recién renovada, con la incorporación de los Dres. Rosatti y Rosenkrantz que se sumaron ese año a los tres magistrados que habían quedado luego de la renuncia de los Dres. Fayt y Zaffaroni en el año 2015. Dicha cualidad del año 2016 explica la

notable diferencia con las cifras presentadas en la tabla anterior, ya que en 2018 la CS llevaba dos años de integración en pleno.

En lo referente a la cohesión de la Corte, presentamos a continuación las cifras correspondientes a la votación por unanimidad o por mayoría. Para una mejor sistematización, identificamos cuatro modelos de resolución en tribunales colegiados como la CS, los tres primeros típicos y, el último (mayoría impropia), heterodoxo: 1) decisión unánime: todos los jueces que participan del acuerdo se expiden en el mismo sentido y por fundamentos idénticos; 2) decisión por mayoría concurrente: todos los jueces que votan lo hacen en igual sentido, con votos compatibles entre sí o sustancialmente análogos; 3) decisión con mayorías y minorías: la mayoría de los jueces vota de alguna de las dos maneras anteriores, pero hay votos en disidencia (minoría); 4) mayoría impropia: la mayoría de los jueces votan en igual sentido pero por fundamentos que no son sustancialmente análogos entre sí (por ej., votan cinco jueces, dos entienden que el recurso es inadmisibles por aplicación del artículo 280 del CPCN, dos lo consideran improcedente en el mérito y el quinto lo juzga procedente) (11). Armonizando el contenido de la tabla anterior (cantidad de jueces) con la aplicación de las categorías recién referidas, es posible verificar la frecuencia de las decisiones unánimes y de las disidencias dependiendo del número de magistrados que intervienen en la resolución definitiva de un asunto:

Tabla 22: Cohesión: unanimidad y mayorías

Cantidad jueces / mayoría	Fallos	%	Causas	%
3	2.598	100,0%	2.687	100,0%
Unanimidad	2.575	99,1%	2.664	99,1%
Mayoría concurrente	21	0,8%	21	0,8%
Mayoría impropia	2	0,1%	2	0,1%
4	2.588	100,0%	2.971	100,0%
Unanimidad	2.254	87,1%	2.579	86,8%
Mayoría concurrente	169	6,5%	193	6,5%
Mayoría / minoría	95	3,7%	129	4,3%
Mayoría impropia	70	2,7%	70	2,4%
5	1.503	100,0%	1.705	100,0%
Unanimidad	1.047	69,7%	1.180	69,2%
Mayoría / minoría	263	17,5%	274	16,1%

(11) Se trata de una anomalía en la técnica sentencial de la CS, que ha sido justamente criticada por la doctrina (v. Morello A., De nuevo sobre los defectos incurridos por la Corte Suprema en su técnica sentencial [Admisibilidad *v.* Procedencia y Procedencia *v.* Improcedencia en el recurso extraordinario], 1993; Morello A., 1995; Vitale, 2003, esp. apartado II.a; Olcese, 1997, esp. apartado VII; Schwartzman y González Bertomeu, 2008, p. 57).

Cantidad jueces / mayoría	Fallos	%	Causas	%
Mayoría concurrente	151	10,0%	193	11,3%
Mayoría impropia	42	2,8%	58	3,4%
Totales	6.689	100,0%	7.363	100,0%
Unanimidad	5.876	87,8%	6.423	87,2%
Mayoría concurrente	341	5,1%	407	5,5%
Mayoría / minoría	358	5,4%	403	5,5%
Mayoría impropia	114	1,7%	130	1,8%

Fuente: elaboración propia a partir de los datos producidos en la investigación.

Como puede apreciarse de los datos precedentes, la CS continúa siendo un tribunal considerablemente cohesionado, al menos en lo referido a los criterios decisorios y a la motivación de sus fallos. La sumatoria total de decisiones unánimes (87,8%) y concurrentes (5,1%), equivalente a un 92,9% de los fallos dictados en 2018, deja un escaso margen de decisiones adoptadas con disidencia de criterio entre los jueces (5,4%).

V. Duración de los procesos ante la Corte Suprema

La ausencia de datos estadísticos referidos a la duración de los procesos sigue siendo una de las más notables deficiencias de acceso a la información del Poder Judicial en nuestro país. Como lo hemos señalado en más de una oportunidad (Giannini, 2018, p. 1256; Giannini, 2019, pp. 499-500), esta opacidad se pone de manifiesto en casi todas las instancias y fueros del país, incluyendo —en lo que aquí interesa— a la Corte Suprema, que carece de esta información esencial para el escrutinio público del funcionamiento de las instituciones judiciales.

En 2019 hubo un atisbo de atención al tema, al difundirse en el Centro de Información Judicial la ya referida revisión metodológica de la estadística oficial. En dicho informe se incluyó una referencia circunstancial al tema, afirmándose que: “(...) [e]n cuanto a duración, de las causas resueltas [en 2018], 1333 encontraron respuesta en menos de 100 días; 1174 demandaron entre 101 y 200, y 1620 de 201 a 300” (Centro de Información Judicial, 2019). Dicha información, sin embargo, no se encuentra publicada en el sitio que la CS reserva para la divulgación de la información estadística anual” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2019), ni tampoco incluye dos mediciones elementales en esta materia: la duración promedio y la mediana.

Es por ello que mantuvimos en esta oportunidad el análisis de la duración de los procesos ante la Corte Suprema, distinguiendo las distintas vías de acceso (recursos ordinarios, extraordinarios, juicios originarios, cuestiones de competencia).

En la siguiente tabla se condensa la información general sobre la duración de los procesos culminados ante la CS en 2018. Se relevaron las sentencias definitivas dictadas en juicios originarios, cuestiones de competencia, recursos ordinarios, recursos extraordinarios y sus respectivas quejas por denegación, entendiendo como tales a las resoluciones que ponen fin a la instancia ante la Corte Suprema, sin importar que lo hagan mediante un pronunciamiento de mérito o de admisibilidad, ni tampoco que con dicha decisión se ponga fin al pleito principal.

Una vez identificadas dichas decisiones, se indagó en los antecedentes disponibles de cada una de las causas mediante el uso de las herramientas web de seguimiento de expedientes. Se incorporó la información de las causas que tienen acceso público a través de internet, lo que reduce sustancialmente la muestra, pero mantiene su calidad y suficiencia, dado que la selección de las causas relevadas no depende de una decisión del investigador, sino de una circunstancia aleatoria a los efectos de la duración de los procesos, como es la disponibilidad en línea de sus pasos procesales referidos al inicio y cierre de las causas ante la CS.

En el caso de la competencia apelada, el análisis incluye en esta edición un dato frecuentemente descuidado en la evaluación de los tiempos recursivos: la duración de la fase inicial del recurso que, en nuestro medio, no tiene lugar ante la Corte, sino ante el tribunal que dictó la sentencia atacada. Dicha fase incluye la interposición, sustanciación y concesión por el *a quo*, culminando con la elevación de la causa ante la CS, cuando el recurso es concedido. En caso de denegación, cuando la parte interesada deduce el recurso directo o de queja ante la CS, se indagó en los antecedentes de la queja para verificar la fecha en la que el recurso denegado fue interpuesto en la instancia de origen. Con esa metodología, hemos podido producir información relevante e inédita sobre la duración del trámite recursivo desde que el recurso es interpuesto hasta que es decidido, segmentándola en dos grandes fases: 1) desde la interposición hasta la elevación de la causa ante la CS; y 2) desde el arribo de la causa ante la Corte (o, en el caso de la queja, desde su interposición), hasta su decisión final.

La metodología propuesta permitió obtener una muestra considerable: fue obtenida información de 4.059 causas sobre las 7631 decididas en el año, lo que arroja un margen de error del 1,1% (12), suficiente para obtener conclusiones aceptables sobre los datos presentados.

(12) Cálculo realizado en base a un muestreo aleatorio simple y con población conocida (N), utilizando la expresión correspondiente (Mendenhall & Reinmuth, 1981):

$$n = \frac{N \cdot Z_{\alpha/2}^2 \cdot P \cdot (1 - P)}{(N - 1) \cdot e^2 + Z_{\alpha/2}^2 \cdot P \cdot (1 - P)}$$

Los resultados generales fueron los siguientes (el cómputo es en todos los casos en días corridos):

Tabla 23: Duración de los procesos ante la CS

Vía de acceso	Promedio	Mediana
Juicios originarios	550	324
Recursos		
Desde interposición	452	364
Desde ingreso CS	347	272

Fuente: elaboración propia a partir de los datos producidos en la investigación.

Los datos obtenidos contrastan con la información suministrada por la CS, a la que hicieramos referencia previamente (Centro de Información Judicial, 2019). Se sostuvo en dicho comunicado que: “En cuanto a duración, de las causas resueltas el año pasado 1333 encontraron respuesta en menos de 100 días; 1174 demandaron entre 101 y 200, y 1620 de 201 a 300”. Este breve reporte sobre los tiempos del proceso ante la instancia superior del país —cabe reiterarlo— no fue luego incorporado en la estadística oficial del tribunal (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2019).

Hay diferencias apreciables entre las cifras allí informadas y las obtenidas luego del análisis de las constancias de cada una de las causas que tienen la información pertinente cargada en las bases de datos del Poder Judicial. El promedio de duración de los recursos que llegan a la Corte, como puede apreciarse en la tabla precedente, asciende a 347 días y la mediana (que —como es sabido— sirve para identificar frecuencias reduciendo el impacto de los casos extremos, al arrojar la cifra media entre la totalidad de los registros tomados en consideración para el cálculo), es de 272 días. El citado reporte del Centro de Información Judicial de la CS no calcula el promedio anual ni la mediana de duración de los procesos, por lo que no es posible cotejar con exactitud los alcances de la diferencia. Corresponde de todos modos destacar que la ausencia de datos sobre duración promedio y mediana es en sí mismo un déficit que merece ser corregido en la estadística oficial del tribunal.

Interesa también destacar que la tabla precedente muestra por primera vez datos sobre la duración de la fase inicial del recurso extraordinario, es decir, la parcela del trámite que transcurre ante el *a quo*: interposición, traslado, concesión o denegación y, en el primer caso, elevación ante la CS. Dicho capítulo, omitido en todo relevamiento al que hemos podido acceder sobre el funcionamiento de la Corte y los recursos que ante ella tramitan, ha sido considerado en esta investigación, aplicando a su estudio la metodología antes explicada. La duración del

trámite recursivo desde la interposición del recurso hasta su decisión importa una dilación muy superior a la que se suele computar cuando únicamente se tiene en cuenta el lapso que transcurre desde que la causa llega a la Corte. Debe advertirse que es esa duración la que preocupa a los destinatarios finales del servicio de justicia, que no están tan preocupados en saber cuánto tiempo consume cada estadio del proceso impugnativo, sino cuándo tendrá respuesta a sus reclamos. Con una duración promedio total de 452 días desde la interposición del recurso y una mediana de 364 días, la fase inicial del recurso consume casi un cuarto de la duración total de los recursos que llegan a la CS.

Tabla 24: Duración promedio y mediana por fases (recursos)

Fase	Promedio	%	Mediana	%
<i>A quo</i>	104	23,1%	92	25,3%
CS	347	76,9%	272	74,7%
Total	452	100,0%	364	100,0%

Fuente: elaboración propia a partir de los datos producidos en la investigación.

VI. Bibliografía

Centro de Información Judicial (2019). Datos estadísticos. En 2018, la Corte Suprema dictó 6814 sentencias y resolvió 7843 causas. Recuperado de <https://www.cij.gov.ar/nota-33616-DATOS-ESTAD-STICOS---En-2018--la-Corte-Suprema-dict-6814-sentencias-y-resolvi--7843-causas.html>

Chayer, H. (2017). Estándares de desempeño para una justicia eficaz y eficiente. En H. Chayer y J. P. Marcet, *Nueva gestión judicial. Oralidad en los procesos civiles*, 2º ed. (pp. 81-87). Buenos Aires: Ediciones SAIJ.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (2019). Datos estadísticos 2018. Recuperado de <https://www.csjn.gov.ar/datos-estadisticos/graficos-2018> [Fecha de consulta: 17/03/2020].

Corte Suprema de Justicia de la Nación (2019-b). Discurso del Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Don Carlos Fernando Rosenkrantz, en la apertura del año judicial 2019. Recuperado de <https://www.cij.gov.ar/nota-33769-Acto-de-apertura-del-a-o-judicial-2019.html> [Fecha de consulta: 15/03/2020].

Corte Suprema de Justicia de la Nación (s.f.). *Consulta de acuerdos*. Recuperado de <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/acuerdos/consulta.html> [Fecha de consulta: 15/02/2020].

Corte Suprema de Justicia de la Nación (s/f). *Fallos completos (1994-2020)*. Recuperado de <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/fallos/consulta.html> [Fecha de consulta: 15/03/2020].

Corte Suprema de Justicia de la Nación (s/f). *Novedades*. Recuperado de <https://sj.csjn.gov.ar/sj/novedades.do?method=iniciar> [Fecha de consulta: 15/03/2020].

Carrió, G. y Carrió, A. (1983). *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria* (3º ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Giannini, L. (2004). Los límites de la aclaratoria en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Revista La Ley*, t. 2004-E (p. 82). Buenos Aires: La Ley.

Giannini, L. (2016). *El certiorari. La jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Platense.

Giannini, L. (2018). La producción jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su actual integración. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, 48 (pp. 1208-1259). Recuperado de <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/5293>

Giannini, L. (2019). Diagnóstico sobre el estado de la justicia civil. Resultados provisionales de una evaluación empírica en la provincia de Buenos Aires. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, 49 (pp. 495-520). DOI: <https://doi.org/10.24215/25916386e022>

Guastavino, E. (1992). *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*. Buenos Aires: La Roca.

Imaz, E. y Rey, R. (2000). *El recurso extraordinario* (3º ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Loutayf Ranea, R.; Loutayf, M. A.; Loutayf, M. J. y Solá, E. (2012). Recurso de reposición in extremis. En J. W. Peyrano y S. Esperanza, *Revocatoria "in extremis"* (pp. 201-278). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Lugones, N. (2002). *Recurso extraordinario* (2º ed.). Buenos Aires: Lexis Nexis.

Mendenhall, W. y Reinmuth, J. E. (1981). *Estadística para administración y economía*. México: Iberoamericana.

Morello, A. M. (1993). De nuevo sobre los defectos incurridos por la Corte Suprema en su técnica sentencial (Admisibilidad *v.* Procedencia y Procedencia *v.* Improcedencia en el recurso extraordinario). *Revista Jurisprudencia Argentina*, t. 1993-II (p. 482).

Morello, A. M. (1995). La difícil e incierta navegación del certiorari. *Revista Jurisprudencia Argentina*, t. 1995-IV (p. 43).

Morello, A. M. (1999). *El recurso extraordinario* (2ª edición, con la colaboración de Ramiro Rosales Cuello). La Plata: Platense.

Olcese, J. M. (1997). La institución del certiorari repugna el concepto nacional del derecho de defensa. *Revista Jurisprudencia Argentina*, t. 1997-IV (p. 980).

Oteiza, E. (2018). Reformas procesales en América Latina. Tendencias y tensiones entre los estados nación y la comunidad internacional. En E. Oteiza (dir.), *Sendas de la reforma a la justicia a inicios del siglo XXII* (pp. 23-60). Madrid: Marcial Pons.

Palacio de Caeiro, S. (2002). *El recurso extraordinario federal*. Buenos Aires: La Ley.

Palacio, L. E. (2001). *Recurso extraordinario federal* (3ª ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Peyrano, J. W. (2007). La reposición in extremis. *Revista La Ley*, t. 2007-D (p. 649).

Rojas, J. A. (2019). *Recurso extraordinario federal*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Sagüés, N. P. (2002). *Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario* (4ª ed.). Buenos Aires: Astrea.

Schwartzman, S. y González Bertomeu, J. (2008). Reformas institucionales y la Corte en números. En Asociación por los Derechos Civiles, *La Corte y los derechos. Informe 2005-2007*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Tribiño, C. R. (2003). *El recurso extraordinario ante la Corte Suprema*. Buenos Aires: Ábaco.

Vitale, G. L. (2003). Indefinición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un caso de suspensión del proceso a prueba (el ilegítimo “certiorari al revés”). *Revista Jurisprudencia Argentina*, t. 2003-II (p. 1244).

Legislación

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ley 17.454 y sus modificatorias. Boletín Oficial de la Nación, Buenos Aires, 07/11/1967. Recuperado de <http://www.saij.gov.ar> (documento: LNS0004592) [Fecha de consulta: 11/04/2018].

Ley 48 de Competencia de los Tribunales Nacionales, 25/08/1863. Recuperado de <http://www.saij.gov.ar> (documento: LNS0002649) [Fecha de consulta: 11/04/2018].

Ley 24.946, Ley Orgánica del Ministerio Público, Boletín Oficial de la Nación, Buenos Aires, 23/03/1998. Recuperado de <http://www.saij.gov.ar> (documento: LNS0004263).

Ley 27.148, Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal, Boletín Oficial, 18/06/2015. Recuperado de <http://www.saij.gov.ar> (documento: NV11720).

Jurisprudencia

CS, 29/03/2005, “Itzcovich, Mabel c/ ANSES s/ reajustes varios”, Fallos: 328:566.

CS, 21/03/2006, “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios”, Fallos: 329:759.

CS, 20/08/2015, “Anadon, Tomás Salvador e/ Comisión Nacional de Comunicaciones s/ despido”, Fallos: 338:724.

CS, 19/06/1986, “Graffigna Latino, Carlos y otros s/ acción de amparo”, Fallos: 308:961.

CS, 09/12/1993, “Nicosia, Alberto Oscar s/ recurso de queja”, Fallos: 316:2940.

CS, 11/12/2003, “Brusa Víctor Hermes s/ Pedido de enjuiciamiento”, Fallos: 326:4816.

CS, 18/08/2006, “Boggiano, Antonio s/ recurso de queja”, Fallos 329:3235.

CS, 04/04/2019, “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Córdoba, Provincia de s/ ejecución fiscal”, Fallos: 342:533.

CS, 19/02/1987, “Christou, Hugo y otros c/ Municipalidad de Tres de Febrero”, Fallos: 310:324.

CS, 5/11/1969, “García, Antonio s/ jubilación”, Fallos 275:251.

CS, 17/03/1992, “Vitale, Vicente Juan y otros c/ Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires SA”, Fallos: 315:394.

CS, 13/05/2008, “Puig José Luis c/ Arzobispado de La Plata y otro s/ cobro ejecutivo”, Fallos: 331:1178.

*Acuerdo Unión Europea - Mercosur.
La comercialización de alimentos en la
Unión Europea y el Mercosur(*)*

POR ALEJANDRA DÍAZ(**)

Acuerdo Unión Europea - Mercosur. La comercialización de alimentos en la Unión Europea y el Mercosur es una obra que vio la luz a mediados de octubre de 2019 en Madrid y que en febrero de 2020 se publicó en Buenos Aires. El trabajo surgió de las contribuciones realizadas en el Proyecto de Investigación de Maestría (PIM - en el período 2014-2016) y de dos talleres de trabajo organizados para la presentación de sus resultados en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. El título del Proyecto, dirigido por la doctora Sandra Negro, era “La comercialización de alimentos en la UE y el MERCOSUR” y tuvo como objetivo el estudio de medidas no arancelarias, es decir, aquellas medidas que actúan como elementos de disuasión o de entorpecimiento del comercio entre ambos bloques, o sea, medidas distintas de los aranceles pero que persiguen disuadir del comercio recíproco alterando la competencia en los mercados de destino y, a la vez, siendo utilizadas para la protección de intereses sectoriales. Estas medidas que tienen efectos distorsivos, limitantes o hasta prohibitivos del comercio presentan dificultades para ser identificadas puesto que suelen ser adoptadas invocando razones muy diversas, desde la protección de la salud pública, la inocuidad de los alimentos, o bien la falta de información en el etiquetado u otros múltiples motivos que se plantean y que terminan desvirtuando el comercio recíproco. La obra que se

(*) Negro, S. (Coord.) (2019). *Acuerdo Unión Europea - Mercosur. La comercialización de alimentos en la Unión Europea y el Mercosur*. Buenos Aires: Ed. B de F, ISBN 978-9974-708-90-2.

(**) Lic. en Ciencias Políticas, Universidad de Buenos Aires (UBA). Jefa de Trabajos Prácticos en las asignaturas de Ciencias Políticas, Ciclo Básico Común, Universidad de Buenos Aires; de Teoría del Estado y de Derecho de la Integración, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

presenta analiza las barreras no arancelarias desde varias ópticas y como estas impactan en la fluidez del comercio.

En este libro, el punto de partida es el acuerdo entre el Mercosur y la Unión Europea que nos enfrenta a un nuevo conjunto de reglas en materia de libre comercio. Este tipo de acuerdo tiene la particularidad de representar un acuerdo marco en el cual se incluyen una serie de capítulos que, a primera vista, no parecieran estar asociados con el comercio. Entre los antecedentes más relevantes del denominado Acuerdo en Principio entre el Mercosur y la Unión Europea, que se firmó el 28 de junio de 2019, está el Acuerdo CETA entre Canadá y la Unión Europea.

El capítulo inicial, de autoría de Sandra Negro, se centra en el análisis del reciente Acuerdo Unión Europea - Mercosur, en una síntesis ordenada cronológicamente de sus antecedentes, las motivaciones que impulsaron la negociación, en una enunciación de los contenidos y materias abarcadas, en las etapas para la entrada en vigor y en el examen de los requisitos para la comercialización de alimentos en la Unión Europea.

En el capítulo siguiente, de autoría de Juan Sluman, se exponen distintas clases de barreras al comercio internacional de mercancías. Empero, su análisis se centra específicamente en las medidas restrictivas no arancelarias y su proliferación en el comercio internacional.

En el tercer capítulo, a cargo de María Eugenia Marichal, se realiza el análisis de la legislación alimentaria en la Unión Europea y de los principios jurídicos en los cuales se basa. Allí se presta especial atención a la entrada en vigencia del Código alimentario de la Unión Europea.

El cuarto capítulo, a cargo de Luciane Klein Vieira, está dedicado a analizar el tema de salud y seguridad del consumidor dentro del Mercosur.

El capítulo quinto examina las barreras no arancelarias desde una perspectiva poco frecuente. Así, Martín Cortese se plantea con mucha claridad cómo la propiedad intelectual puede convertirse en una barrera no arancelaria.

La parte general se agota con el sexto capítulo, a cargo de Leila Devia, quien explica cómo el Protocolo de Nagoya establece parámetros sobre la biotecnología en lo concerniente a los alimentos y a la comercialización de los mismos.

La parte especial se concentra en torno de dos productos: uno tradicional, la carne bovina y otro innovador, la stevia.

El capítulo que desarrolla la investigación del comercio de carne bovina estuvo a cargo de Matías Crolla. Allí desarrolló un análisis del comercio y su

implementación y las limitaciones no arancelarias con las que se encuentra en más de una ocasión.

El último trabajo de la obra de Alejandra Díaz estudia cuáles fueron las vicisitudes de un producto como la stevia, relativamente nuevo y con un futuro prometededor en el mercado de los endulzantes naturales.

En conclusión, la obra constituye una herramienta útil para comprender las nuevas reglas del comercio que rigen y regirán el comercio de alimentos entre las dos regiones poniendo el acento en el funcionamiento del complejo escenario de las barreras no arancelarias. Esta obra conjuga y sintetiza, a través de capítulos de diversa autoría, las dificultades presentes y futuras al comercio de alimentos tanto en sus aspectos generales como particulares, a través del estudio de casos como el comercio de carne bovina y el de stevia. La lectura es ágil, condensando elementos jurídicos y no jurídicos —económicos, políticos y de comercio internacional— y ofreciendo una perspectiva poco frecuente de interpretar el derrotero del libre comercio.

Conocer las reglas facilitará la tarea de operadores comerciales y, a la vez, creará mejores condiciones para un consumo responsable.

